

**LA ACTIVIDAD URBANIZADORA COMO
SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO
GENERAL**

**Tesis doctoral
José María Vázquez Pita**

**Directora
Dra. Marta García Pérez
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidade da Coruña**

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

2012

ABREVIATURAS

art. artículo

CC Código Civil

CE Constitución Española

Ley 8/1990 Ley 8/1990, de 25 de julio. sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo

Ley 8/2007 Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo

LRAU Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística

LS 1998 Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones

LUV Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana

PAI Programa de actuación integrado

PIB Producto Interior Bruto

proc. procedimiento

rec. recurso

RGU Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana

SIEG Servicio de interés económico general

ss. siguientes

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCE Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLS 1976 Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre régimen de Suelo y Ordenación urbana

TRLS 1992 Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre régimen de Suelo y Ordenación urbana

TRLS 2008 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

UE Unión Europea

Índice

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 13 |
| I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN | 13 |
| II. MARCO NORMATIVO ACTUAL. LA AMBIGÜEDAD DEL TRLS 2008 | 18 |
| III. LA ACTIVIDAD DE URBANIZACIÓN Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE PROPIEDAD Y LIBERTAD DE EMPRESA | 24 |
| 1. “Estatutarización” y diversificación del derecho de propiedad inmobiliaria | 24 |
| 2. Vertiente institucional de la libertad de empresa: el mercado de las obras de urbanización | 31 |
| A. Consideraciones generales..... | 31 |
| B. El halo de incertidumbre en la delimitación entre el derecho de propiedad y la libertad de empresa en materia urbanística..... | 33 |
| 3. El debate surgido a raíz de la promulgación de la Ley 8/1990 y la LRAU. La delimitación entre el contenido esencial de los derechos de propiedad y libertad de empresa | 38 |
| 4. Perspectiva actual | 47 |
| 5. Conclusiones | 50 |
| IV. LA RESERVA A LA ADMINISTRACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA URBANIZACIÓN | 53 |
| 1. Principio de proporcionalidad y reserva de servicios..... | 53 |
| 2. Análisis de la proporcionalidad de la reserva contenida en el TRLS 2008 | 62 |
| PRIMERA PARTE | 69 |
| LIBERTAD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE URBANIZACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO | 69 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO I | 69 |
| LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA URBANIZACION COMO SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL | 69 |
| I. LA APARENTE NEUTRALIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO | 69 |
| II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE SERVICIO | 73 |
| III. LA URBANIZACIÓN COMO SERVICIO ECONÓMICO .. | 75 |
| 1. Introducción..... | 75 |
| 2. La autonomía de las acciones en las que se desgrana la acción de promoción urbanizadora. Participación ute cives vs. participación ute gestor | 78 |
| 3. La inexistencia de una relación de la acción de promoción urbanizadora con el ejercicio de poder público | 83 |
| 4. La hipotética integración de la actividad de urbanizar en el estatuto del derecho de propiedad y sus consecuencias en relación al artículo 345 Tratado CE | 87 |
| IV. LA URBANIZACIÓN COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL | 93 |
| 1. Definición y características de servicio de interés económico general | 93 |
| 2. La urbanización como servicio de interés general..... | 99 |
| CAPÍTULO II | 105 |
| MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE URBANIZACIÓN: RESERVA AL PROPIETARIO COMO OTORGAMIENTO DE UN DERECHO EXCLUSIVO | 105 |
| I. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y ACCESO AL MERCADO | 105 |
| 1. Introducción..... | 105 |
| 2. Libertad de circulación y servicios de interés económico general | 106 |

| | |
|--|-----|
| 3. Restricciones de acceso al mercado | 109 |
| II. LA RESERVA A LOS PROPIETARIOS DEL SUELO DE LA INICIATIVA DE URBANIZACIÓN: ¿DERECHO EXCLUSIVO O TRATAMIENTO LEGAL DIFERENCIADO? | 117 |
| 1. Conceptos de derecho exclusivo y tratamiento legal diferenciado | 117 |
| 2. La reserva a favor de los propietarios del suelo contemplada en el artículo 6 TRLS 2008 como supuesto de tratamiento legal diferenciado | 119 |
| 3. El planeamiento urbanístico como supuesto de otorgamiento de un derecho exclusivo mediante norma reglamentaria | 121 |
| III. IMPLICACIONES COMPETENCIALES DE LA CONSIDERACIÓN DE LA ACTIVIDAD URBANIZADORA COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL. | 123 |
| IV. EL CONTRASTE DEL PLANTEAMIENTO CON LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA | 127 |
| 1. La existencia de un riesgo de discriminación indirecta | 127 |
| 2. La apelación a la misión de interés general | 132 |
| V. CONCLUSIONES | 136 |
| 1. En relación a la figura del agente urbanizador | 136 |
| 2. En relación al alcance de las peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo | 142 |
| 3. Sujeción del procedimiento previsto para el otorgamiento del título habilitante previsto en el artículo 6 TRLS 2008 a la Directiva 2004/18/CE | 144 |
| SEGUNDA PARTE | 147 |
| PROMOCIÓN URBANÍSTICA, MERCADO PÚBLICO DE MANO PRIVADA | 147 |
| CAPÍTULO I | 147 |
| LA LABOR JURISPRUDENCIAL DE EXPANSIÓN DEL MERCADO PÚBLICO A LAS RELACIONES CONTRACTUALES INTER PRIVATOS | 147 |

| | |
|---|------------|
| I. LAS NUEVAS CUESTIONES SUSCITADAS | 147 |
| II. LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE CONTRATO | 151 |
| III. CONTRATO PÚBLICO Y MERCADO PÚBLICO: APLICACIÓN HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA..... | 156 |
| 1. El fenómeno de expansión del mercado público | 156 |
| 2. Las “técnicas” jurisprudenciales de expansión del mercado público..... | 159 |
| A. Expansión del mercado público e intercambiabilidad de las técnicas administrativas..... | 159 |
| B. El punto de partida: asunto Unitron Scandinavia. Disociación entre operador y proveedor del operador..... | 161 |
| C. Asuntos Ordine degli Architetti y Comisión contra Francia; mandato vs. sustitución legal..... | 164 |
| D. Asuntos Jean Auroux y Comisión contra Italia | 168 |
| 3. A modo de corolario: la necesaria diferenciación entre habilitación para la prestación de un SIEG y mandato de ejecución de un servicio u obra pública. Potenciación del elemento causal en la definición comunitaria de contrato | 173 |
| IV. PROBLEMÁTICA DE LA INMERSIÓN EN EL MERCADO PÚBLICO DE LA RELACIÓN ENTRE EL AGENTE URBANIZADOR Y EL EMPRESARIO CONSTRUCTOR. UNA VISIÓN COMUNITARIA Y CONSTITUCIONAL | 177 |
| 1. La relación entre Agente urbanizador y el empresario constructor a la luz de la jurisprudencia comunitaria..... | 177 |
| 2. Una perspectiva constitucional de la publicación de la relación contractual entre operadores privados | 181 |
| V. LAS PECULIARIDADES O EXCEPCIONES A FAVOR DEL PROPIETARIO DEL SUELO. EL PROPIETARIO URBANIZADOR COMO AGENTE ECONÓMICO EN EL MERCADO PÚBLICO..... | 185 |
| 1. El propietario como sustituto de la Administración | 185 |

| | |
|--|------------|
| 2. Valoración doctrinal de la propuesta..... | 188 |
| CAPÍTULO II..... | 196 |
| ELEMENTOS CONTRACTUALES DE LA HABILITACIÓN PARA LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA URBANIZACIÓN | 196 |
| I. PLANTEAMIENTO..... | 196 |
| II. LA ACTIVIDAD DE URBANIZACIÓN COMO OBRA PÚBLICA..... | 198 |
| 1. Obra urbanizadora y Derecho comunitario | 198 |
| 2. El concepto autónomo y funcional de obra pública | 199 |
| 3. Concepto amplio del objeto del contrato de obra..... | 207 |
| 4. La preeminencia del elemento objetivo del contrato..... | 212 |
| III. CONTRATO CELEBRADO POR ESCRITO ENTRE UNO O VARIOS PODERES ADJUDICADORES Y UNO O VARIOS OPERADORES ECONÓMICOS | 215 |
| 1. Consideraciones generales..... | 215 |
| 2. Primera hipótesis: el urbanizador como poder adjudicador | 216 |
| 3. Segunda hipótesis: el urbanizador como central de compras | 223 |
| 4. Tercera hipótesis: el urbanizador como sustituto de la Administración | 225 |
| 5. Cuarta hipótesis: el urbanizador como gestor de un servicio de interés económico general..... | 227 |
| IV. LA ONEROSIDAD DEL CONTRATO..... | 228 |
| 1. La financiación de las obras de urbanización: carga jurídico-real o prestación patrimonial de carácter público..... | 228 |
| 2. El reflejo jurisprudencial del debate doctrinal..... | 233 |
| 3. La onerosidad en la jurisprudencia del TJUE..... | 239 |
| A. Obtención de un beneficio económico directo | 239 |

| | |
|---|-----|
| B. Asuntos Bayerischer Rundfunk y Hans & Christophorus Oymanns GBR. Onerosidad y financiación extrapresupuestaria | 244 |
| a) Asunto Bayerischer Rundfunk | 244 |
| b) Asunto Hans & Christophorus Oymanns GbR | 248 |
| 4. Conclusiones: la financiación pública extrapresupuestaria de las obras de urbanización | 253 |
| V. CONCLUSIONES | 257 |
| CAPÍTULO III | 259 |
| EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN | 259 |
| I. INTRODUCCIÓN AL DEBATE SOBRE EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN ... | 259 |
| 1. Planteamiento de la cuestión | 259 |
| 2. La junta de compensación como administradora del derecho de propiedad | 262 |
| 3. Ejecución de obra pública y atribución formal de personalidad administrativa. De nuevo el poder atractivo de la obra pública | 267 |
| II. LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN | 270 |
| 1. La junta de compensación como prestadora de servicios económicos a la Administración | 270 |
| A. La junta de compensación no es el producto de la potestad de organización del poder público | 271 |
| B. El ámbito de la delegación no alcanza al ejercicio de poder público sino, exclusivamente, a la prestación de servicios económicos de mercado | 273 |
| 2. La junta de compensación como mandatario discrecionalmente elegido | 275 |
| 3. La naturaleza contractual de la habilitación implícita en el sistema de compensación: la necesaria concurrencia entre voluntades públicas y privadas | 279 |

| | |
|---|------------|
| III. LA JUNTA DE COMPENSACIÓN COMO PODER ADJUDICADOR O COMO OPERADOR ECONÓMICO DE NATURALEZA PRIVADA..... | 281 |
| IV. UN ÚLTIMO APUNTE: SOBRE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN Y LA EMPRESA URBANIZADORA INCORPORADA A LA MISMA | 287 |
| CONCLUSIONES..... | 293 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 313 |
| JURISPRUDENCIA | 325 |

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La presente tesis doctoral pretende contribuir a la clarificar el estatuto contractual al que han de sujetarse aquellos particulares a los que las diferentes legislaciones urbanísticas autonómicas atribuyen el deber de urbanizar.

La cuestión que aquí se plantea no sólo no es novedosa, sino que su formulación ha sufrido tantas variantes como titubeos ha tenido nuestra historia legislativa en su permanente búsqueda de la financiación del urbanismo. De forma tal que, cuando tal financiación se atisbó en la solvencia patrimonial del propietario del suelo, el régimen contractual de las obras de urbanización coincidió con el estatuto del propietario y, cuando se adoptó la lógica de la obra pública o del servicio público, con el estatuto del licitador o del concesionario.

Estas tres concepciones de la actividad urbanizadora -como facultad propia del derecho de propiedad, como obra pública y como servicio público- explican las divergencias doctrinales que, a día de hoy, mantienen vivo el interés por la cuestión.

Prescindiendo de la legislación urbanística anterior -centrada en la consideración de la obra de urbanización como obra pública-, desde la aprobación de la ley de 1956 y hasta la aprobación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, el modelo urbanístico español descansó más o menos pacíficamente sobre la coexistencia de diferentes formas o sistemas de ejecución de la urbanización, que podrían clasificarse en directos -en los que la Administración asumía la función urbanizadora- e indirectos -en los que dicha función era asumida por los propietarios del suelo o por un concesionario¹. La opción entre una y otra forma de gestión se

¹De entre los numerosos estudios publicados sobre la historia de nuestra legislación urbanística, para la redacción del presente trabajo el autor se ha valido de los siguientes: Martín BASSOLS COMA, *Las obras públicas y el urbanismo (Los actos de uso del suelo y la ejecución de las obras promovidas por la Administración del Estado)*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994 y “Las claves históricas y constitucionales del derecho urbanístico en España”,

ejercitaba con la vista puesta en el principio de subsidiaridad de la iniciativa pública respecto de la privada, en coherencia con la concepción liberal de la economía y del Estado preconstitucional.

Este panorama se ve alterado con la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, que elimina el principio de subsidiaridad de la iniciativa pública respecto de la privada e irrumpe en la tradicional concepción liberal de la propiedad inmobiliaria con un modelo innovador basado en la adquisición gradual de las facultades urbanísticas. Esta ley genera un fuerte debate acerca de la necesaria relación entre la concepción constitucional del derecho de propiedad y el modelo urbanístico.

En este estado de cosas hace su aparición la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Comunidad valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística (en adelante, LRAU), que desplaza a los propietarios de la gestión del suelo y centra la acción urbanizadora en el ejercicio de la libre empresa del denominado “agente urbanizador”.

Si bien es cierto que la figura del agente urbanizador no era una figura totalmente innovadora², la ruptura con la excepción

en *El nuevo derecho urbanístico, Estudios sobre el marco jurídico del urbanismo en Cataluña*, (Coords. Juan María PEMÁN GAVÍN y Javier OLIVÁN DEL CACHO), Cedecs Editorial, Barcelona, 1999; Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, *Historia de la Legislación Urbanística*, Iustel, Madrid, 2007; Ángel MENÉNDEZ REXACH, “Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, octubre 2008, pp. 17-47, 20-26; Ramón PARADA, *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 19-41.

² Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002, pp. 69-108, 87. Por su parte, Ramón PARADA resalta esta identidad o continuidad histórica afirmando que “Los Programas de Actuación Urbanística se llaman ahora Programas de Actuaciones Integradas y se diferencian de los primeros por la mayor flexibilidad del planeamiento, que se refiere o remite a la iniciativa de los particulares, sean o no propietarios, pero que admite sin cortapisas la iniciativa pública municipal”, *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 166.

licitatoria de la Ley 1956 y su trasunto del TRLS 1976, planteó numerosos interrogantes acerca de la conveniencia o necesidad de ubicar la facultad de urbanizar en el derecho de propiedad o en la libertad de empresa. Los defensores de una y otra posición apelaron al contenido esencial de ambos derechos para defender sus posiciones, lo que es tanto como defender la predeterminación constitucional del modelo urbanístico.

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 y la consiguiente aprobación de la LS 1998, la cuestión quedó impregnada de los matices propios de la distribución constitucional de competencias, planteándose hasta qué punto los títulos competenciales estatales (particularmente, la regulación de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa) podrían condicionar al legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias en materia de urbanismo.

Esta vorágine de incertidumbre se aviva en el año 2001, en el que surgen dos pronunciamientos judiciales que terminaron de formular la cuestión tal y como hoy en día se plantea.

El primero de ellos -un auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia³- cuestionaba la constitucionalidad de la LRAU en tanto -a juicio del Tribunal- el procedimiento de selección del agente urbanizador diseñado en la ley autonómica no respetaba la legislación básica de contratación administrativa. Tras este auto late la percepción de la ejecución de la urbanización como el objeto propio de un contrato de obra pública y, si bien el mismo no prosperó por razones procesales, abrió el camino a un rosario de sentencias del Tribunal Superior de Justicia valenciano posteriormente confirmadas por el Tribunal Supremo⁴.

³ Auto de 15 de octubre de 2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, rec. 2136/97.

⁴ Entre otras, *vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2006, rec. 4245/2003; de 4 de enero de 2007, rec. 4839/2003; de 27 de marzo de 2007, rec. 6007/2003; 6 de junio de 2007, rec. 7376/2003; de 27 de diciembre de 2007, rec. 10/2004 ; 5 de febrero de 2008, rec. 714/2004; de 27 de febrero de 2008, rec. 6745/2005; de 8 de Abril de 2008, rec. 1231/04, siendo ponente de todas ellas Jesús Ernesto Peces Morate, que confirman las sentencias de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 31 de enero

El segundo pronunciamiento judicial lo constituye la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001, en el asunto *Ordine degli Architetti*⁵, en la que se declara contraria al Derecho de la UE la legislación italiana en materia de urbanismo que permite la realización directa por el propietario del suelo -titular de una licencia o plan urbanístico- de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, en tanto dicho proceder contradice no sólo el derecho primario comunitario relativo a la libertad de prestación de servicios y de establecimiento, sino al derecho derivado de coordinación de contratos públicos de obras.

Al margen de las notorias diferencias entre las legislaciones italiana y española⁶, existe entre ellas una similitud innegable: la atribución al propietario del suelo de la facultad de urbanizar; similitud que expone al sistema de compensación a su confrontación con el Derecho comunitario y resucita el debate nacido con ocasión de la promulgación de la LRAU sobre la delimitación entre el derecho de propiedad inmobiliaria y la libertad de empresa⁷.

Asimismo, ambos pronunciamientos presuponen la sujeción de los procedimientos de gestión urbanística a las normas estatales y comunitarias de contratación pública, lo que acarrearía una

de 2003, rec. 1180/1998; de 24 de abril de 2003, rec. 832/2000; de 6 de junio de 2003, rec. 1271/2000; de 8 de mayo de 2003, en los recursos acumulados 2123 de 1996, 1723 de 1997, 2689 de 1997, 216 de 1996, 2768 de 1996, 42 de 1997, 2415 de 1996, 2416 de 1996, 359 de 1997, 361 de 1997, 1682 de 1997 y 2866 de 1997; de 1 de julio de 2003, rec. 1015/1999; de 13 de octubre de 2003, rec. 2712/1997; de 7 de octubre de 2005, rec. 38/2004 y de 2 de julio de 2003, rec. 1864/1999.

⁵ STJUE de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98.

⁶ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto proyecto Scala 2001) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002, pp. 11-26, 14 y Luciano PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

⁷ Cfr. Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002, pp. 231-255, 233.

considerable restricción de la libertad de las CCAA en el ejercicio de sus competencias legislativas en materia de urbanismo.

Finalmente, dos textos normativos del año 2007, el Tratado de Lisboa⁸ y la Ley 8/2007⁹, introducen en la cuestión una nueva variable: el servicio de interés económico general (en adelante, SIEG), concepto que está llamado a cohonstar el derecho de competencia y las libertades comunitarias de circulación con las exigencias propias de la correcta prestación de los servicios esenciales, tal y como estos son definidos por los Estados miembros.

El reforzamiento de los SIEG en el Tratado de Lisboa tiene su reflejo inmediato en la exposición de motivos de la Ley 8/2007, que califica la iniciativa privada en la actividad urbanística como *actividad de interés económico general* y, más específicamente, a la urbanización como *servicio público*¹⁰, en lo que puede entenderse como una clara apelación a los efectos moderadores que los SIEG están llamados a desempeñar en la aplicación de las normas de unidad de mercado.

Paralelamente, la Ley 8/2007 detrae la urbanización del contenido del derecho de propiedad ubicándola -de forma un tanto ambigua- en el espacio propio de la libertad de empresa. Esta ambigüedad -de la que es perfecta expresión la redacción del artículo 6.a) del TRLS 2008¹¹- resucita viejas incertidumbres sobre la delimitación de los derechos afectados y da lugar a opiniones dispares sobre el alcance de la publicación de la actividad de urbanización.

Este breve relato nos traslada la complejidad o “enredo”¹² al que se ha llegado en la definición de la cuestión relativa al régimen

⁸ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, 2007/C 306/01.

⁹ Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

¹⁰ Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo

¹¹ Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

¹² Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?”, *Papeles*

contractual de la ejecución de la urbanización, y en la que se imbrican conceptos tales como ejercicio de poder público, derecho de propiedad, libertad de empresa, servicio público y mercado.

El presente trabajo pretende sistematizar la incidencia de estos conceptos jurídicos sobre el régimen contractual de la acción urbanizadora, y para ello abordará:

- La posible predeterminación constitucional del modelo urbanístico.

- La incidencia del Derecho comunitario primario sobre la iniciativa urbanística, considerando la posible calificación de la actividad urbanizadora como servicio de interés económico general.

- La hipotética naturaleza contractual de la habilitación para la ejecución de las obras de urbanización, en función de que el sujeto habilitado sea o no propietario de suelo.

II. MARCO NORMATIVO ACTUAL. LA AMBIGÜEDAD DEL TRLS 2008

Tras el ascenso del Partido Socialista al Gobierno del Estado en el año 2004, se inicia un período político marcado por la voluntad de avanzar en el proceso de descentralización a favor de las Comunidades Autónomas, dando lugar a un goteo de reformas estatutarias que busca, entre otros objetivos, reforzar el núcleo de la autonomía política de las Comunidades autónomas, que algunos consideraban laminado o frustrado como consecuencia del ejercicio expansivo de las competencias estatales¹³.

Este cambio político promueve, asimismo, un cambio en la política urbanística definida en la LS 1998, fuertemente contestada

de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR, núm. 3, 2011, págs. 1-6.

¹³ Cfr. Enoch ALBERTÍ ROVIRA, "Las reformas territoriales en Alemania y España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, septiembre-diciembre 2006, pp. 9-42, 27 y ss.

por sus déficits de sostenibilidad¹⁴ y por las tensiones especulativas manifestadas en las espectaculares alzas en los precios de la vivienda¹⁵.

El intento de lograr ambos objetivos da lugar a que, por una parte, la Ley 8/2007 renuncie a regular espacios anterior y legítimamente ocupados por la legislación estatal¹⁶ y, por otra parte, regule aspectos que van más allá de la experiencia precedente, como la publicación de la actividad urbanizadora o la regulación a detalle de determinadas técnicas ambientales¹⁷.

En tal sentido se expresa la exposición de motivos del TRLS 2008, en la que se afirma que *se prescinde por primera vez de regular técnicas específicamente urbanísticas, tales como los tipos de planes o las clases de suelo, y se evita el uso de los tecnicismos propios de ellas para no prefigurar, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico y para facilitar a los ciudadanos la comprensión de este marco común.*

Y si el primero de los objetivos ha sido dudosamente alcanzado¹⁸, el de *facilitar a los ciudadanos la comprensión de*

¹⁴ Cfr. Marcos VAQUER CABALLERÍA, “Constitución, Ley de Suelo y Ordenamiento territorial y urbanístico”, en *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 69-115, 87.

¹⁵ Sólo entre el año 1996 y 2005, el incremento del precio de la vivienda alcanzó el 178,96%, tal y como pone de relieve Marcos VÁQUER CABALLERÍA, “Constitución, Ley de Suelo...”, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶ Cfr. Ramón PARADA, *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 80.

¹⁷ Cfr. Jesús JORDANO FRAGA, “Breves reflexiones sobre la Ley del suelo”, en *El derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Martín Bassols Coma. Urbanismo y vivienda*, (Directores Carlos ROGEL VIDE y Martín BASSOLS COMA), Editorial Reus, Madrid, 2008, pp. 323-349, 333.

¹⁸ Cfr. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “El Derecho de Propiedad sobre el suelo en su nueva ley estatal”, en el libro colectivo *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Editorial Reus, Madrid, 2008, p. 509-539, 519. Más tajante es Jesús JORDANO FRAGA en “Breves reflexiones sobre la Ley de Suelo”, *op. cit.*, p. 333, y que tacha de inconstitucional dicha Ley, precisamente, por establecer un grado de concreción normativa que determina un concreto modelo urbanístico, usurpando, de esta forma, el ámbito competencial autonómico. Es igualmente crítico Tomás Ramón FERNÁNDEZ TORRES, que advierte que esta ley va más allá de la

este marco común dista mucho de lograrse¹⁹, al menos en lo que atañe al contenido del derecho de participación en la acción urbanística.

Tal es así que, tras reconocer el artículo 6 del TRLS 2008 el “*derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente*”, acto seguido condiciona el alcance de este derecho a “*las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo*”.

¿Cuáles son estas peculiaridades o excepciones?

Una primera respuesta a esta pregunta nos la ofrece la exposición de motivos, según la cual el legislador urbanístico podrá optar “*por seguir reservando a la propiedad la iniciativa de la urbanización en determinados casos de acuerdo con esta Ley, que persigue el progreso pero no la ruptura*”.

Nótese que únicamente se habla de la reserva de la iniciativa, no de la actividad de ejecución, por lo que, en principio, cabrían las siguientes interpretaciones:

- La actividad de ejecución de la urbanización se ofrece a la libertad de empresa de los particulares, sean o no propietarios del suelo, salvo que la legislación urbanística autonómica opte por seguir reservando a la propiedad del suelo dicha actividad mediante la previsión de ventajas o excepciones licitatorias²⁰.

legislación anterior dado que llega a “*tasar*” los sistemas de ejecución del planeamiento en tanto nacionaliza la actividad de ejecución de la urbanización. “El estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2007, pp. 23-29; 26.

¹⁹ Cfr. Jesús Ernesto PECES MORATE, “La transformación urbanística del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo: sujetos, procedimiento y garantías”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2007, pp. 69-94; 70 a 72.

²⁰Cfr. Marcos VÁQUER CABALLERÍA, “Constitución, Ley de Suelo y ordenamiento territorial y urbanístico”, en la obra colectiva *El nuevo Régimen Jurídico del Suelo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 69-115, 92.

- La ley estatal abre únicamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas reserven a la propiedad del suelo la iniciativa como modalidad de participación pública, desvinculada de la actividad de ejecución material de la urbanización que, en cualquier caso, excedería del ámbito del derecho de propiedad y cuyo ejercicio precisaría de previa habilitación otorgada mediante procedimiento con publicidad y concurrencia. A favor de esta interpretación jugaría la exclusión de la facultad de urbanizar de la relación de facultades del propietario del suelo comprendida en el artículo 8 del TRLS 2008, que se sustituye por la más genérica de “participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización”.

La primera de las interpretaciones ha sido fuertemente contestada²¹, en tanto el legislador estaría renunciando al ejercicio de las competencias constitucionalmente atribuidas que le responsabilizan de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa, optando por reenviar a la legislación autonómica la delimitación del contenido y alcance de estos dos derechos fundamentales. El producto de esta dejación competencial sería susceptible de ser constitucionalmente descalificado, en tanto las diferentes concreciones legislativas que las Comunidades Autónomas hagan de estas peculiaridades o excepciones podrían implicar una quiebra del principio de igualdad.

²¹ “De otra parte, al admitirse esa excepción se está cuarteando el título competencial del Estado reconocido en el artículo 1,1,1^a de la CE que persigue garantizar la igualdad, en este caso en el ejercicio de derecho de propiedad, en que se basó la STC 61/1997 para reconocer la competencia del Estado. La desigualdad está a merced de la aplicación que las Comunidades autónomas hagan de esta cláusula de excepción a la regla general. No sólo se debilita el fundamento de la tesis central de la ley, sino que abre la posibilidad a que sea impugnada de inconstitucionalidad”. José Luís MEILÁN GIL, “Cuestiones fundamentales de la Ley 8/2007, de suelo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, pp. 11-35,26. En similares términos *vid.* Ramón PARADA, *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 80 y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo: valoración general”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 61-74, 68 o Tomás Ramón FERNÁNDEZ TORRES, “El estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2007, pp. 23-29; 25 y 26.

La segunda de las interpretaciones, aquella según la cual únicamente se reserva a la propiedad la iniciativa –no la ejecución material- como modalidad de participación pública, tampoco estaría exenta de críticas. Éstas defienden que la reserva a la Administración de la facultad de urbanizar implicaría una restricción injustificada, tanto del derecho de propiedad como del de libertad de empresa, ya que el derecho de libertad de empresa no concurre cuando se priva de la iniciativa a los particulares residenciándola en la Administración²².

Algún autor ha defendido una tercera interpretación²³, según la cual si bien el derecho de iniciativa se configura como un acto procedimental de los particulares en el seno de un procedimiento público urbanístico - y por ello excluido de la normativa pública contractual- susceptible de ser atribuido a una categoría concreta de interesados (propietarios), ello no es óbice para que la legislación autonómica pueda seguir encomendando la actividad urbanizadora al propietario único del suelo, y no como reserva, sino como consecuencia de la ausencia de un mercado público que tutelar²⁴.

La realidad normativa subsiguiente a la Ley 8/2007 avala la primera de las interpretaciones. En ningún momento se ha llegado a plantear el desplazamiento de las legislaciones urbanísticas autonómicas, que contemplan -incluso con carácter general- la reserva de la actividad de urbanización a los propietarios del suelo. Tampoco las modificaciones de las leyes autonómicas aprobadas con posterioridad a la Ley 8/2007 han considerado la necesidad de modificar el modelo urbanístico del que partían, ignorando

²² Cfr. José Luis MARTÍNEZ MUÑIZ, “El Derecho de Propiedad.....”, *op. cit.*, p. 532.

²³ Cfr. José María BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 68 ss.

²⁴ Cfr. José María BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, *op. cit.*, p. 318. En términos análogos, se pronuncia María Astrid MUÑOZ GUIJOSA, que considera que la iniciativa de transformación del suelo comprende “la propia delimitación del contenido del derecho”, si bien considera que la ejecución de la urbanización debe residir en el derecho de propiedad, en tanto condición previa para el ejercicio del *ius aedificandi*. *El Derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 431 y ss.

abiertamente las directrices contenidas en el artículo 6.a) del TRLS 2008²⁵.

El marco normativo actual se caracteriza, por lo tanto, por una clara disociación entre la legislación urbanística autonómica y la legislación estatal del suelo, producto de la falta de voluntad²⁶ (o capacidad) política para la definición de un modelo suficientemente preciso y para garantizar su ulterior implantación.

Pero la inacción estatal no significa que las Comunidades Autónomas gocen de una libertad ilimitada para regular la actividad urbanizadora, dado que la legislación autonómica ha de plegarse tanto ante los principios y derechos constitucionales como a la primacía del Derecho comunitario europeo. Consecuentemente, si de la legislación estatal no cabe inferir unos límites claros al poder legislativo autonómico en la configuración del modelo urbanístico, estos límites han de buscarse, en primer lugar, en el texto constitucional y, ulteriormente, en el Derecho comunitario.

²⁵ *Vid.*, Leyes 6/2008, de 19 de junio y 2/2010, de 25 de marzo, de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia; Ley 1/2006, de 16 de mayo, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; Leyes 2/2009, de 3 de julio y 2/2011, de 4 de abril, por las que se modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria; Ley 1/2008, de 4 de abril, por la que se establecen medidas urgentes para la adaptación del ordenamiento urbanístico a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, garantías de sostenibilidad del planeamiento urbanístico e impulso a las políticas activas de vivienda y suelo en la Comunidad Autónoma de Aragón o el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

²⁶ Esta falta de voluntad la expresa claramente el legislador en la exposición de motivos cuando afirma que “se evita el uso de los tecnicismos propios de ellas para no prefigurar, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico”.

III. LA ACTIVIDAD DE URBANIZACIÓN Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE PROPIEDAD Y LIBERTAD DE EMPRESA

1. “Estatutarización” y diversificación del derecho de propiedad inmobiliaria

Tanto el derecho de propiedad como el de libertad de empresa son pacíficamente considerados como derechos fundamentales, a pesar de no ubicarse en la Sección I del Capítulo II del Título I²⁷.

El carácter fundamental del derecho de propiedad surge con el nacimiento de la ideología liberal forjada en la Revolución Francesa, y como reacción frente al entendimiento de la propiedad vinculada como extensión económica de la sumisión personal del vasallo al señor feudal²⁸. De ahí la posición central otorgada a este derecho por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en cuyo artículo segundo se proclamaba que “*la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos*

²⁷ En un primer momento, el hecho de que en nuestra Constitución Española, ni el derecho de propiedad ni el de libertad de empresa se encuentran recogidos en la Sección primera del Capítulo Segundo del Título Primero, bajo el rótulo “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”, sino en la Sección segunda de este mismo Capítulo, “*De los derechos y deberes de los ciudadanos*”, lleva a algún autor a defender que, al menos desde la perspectiva de nuestro texto constitucional, tales derechos no son fundamentales. *Cfr.* Jesús LEGUINA VILLA, “El régimen constitucional de la propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, pp. 9-28, 10. Sin embargo, termina prevaleciendo la posición doctrinal que postula como derechos fundamentales la totalidad de los recogidos en el Capítulo II del Título I. *Cfr.* Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 41; Fernando REY MARTÍNEZ, “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, pp. 169-202, 172 o Luis AGUIAR DE LUQUE, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril 1993, pp. 9-34, 10

²⁸ *Cfr.* Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, segunda edición, Iustel, Madrid, 2006, pp. 790 y ss.

son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”.

Añadía su artículo 17 que *“siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización”.*

Transmiten estas palabras la estrecha dependencia entre la propiedad y la libertad y seguridad de la persona, al tiempo que facilitan la comprensión de este derecho como límite y defensa frente a los poderes públicos²⁹.

El espíritu de esta proclama liberal ha sido incorporado, sin grandes modificaciones, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 17 y 29), que declara el derecho de propiedad como derecho fundamental.

Hoy en día se trata de un derecho fundamental común a todas las constituciones nacionales y, como tal, ha sido incorporado a la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (art.17)³⁰.

²⁹ Así resume este sentimiento liberal ARIÑO²⁹: “la libertad económica es parte importantísima de la libertad total; sin aquélla, ésta se convierte en una ilusión. Pues bien, el presupuesto necesario de la libertad económica y, por ende, de la libertad política es la propiedad. Sólo en la medida en que uno posea algo y pueda disponer de ello, podrá ejercer el poder o capacidad de ordenar la propia vida de acuerdo con sus deseos e ideales, que es en lo que la libertad consiste. Sólo en la medida en que uno pueda “apropiarse” de los frutos de su trabajo y conservarlos y transmitirlos libremente, podrá desarrollar su capacidad de creación y configurar su futuro y el de su familia. Por el contrario, sin un derecho de propiedad claro y reconocido no existirán motivaciones suficientemente poderosas para desarrollar esfuerzos y asumir costes, cuyos frutos no estén garantizados en favor de la persona que llevó a cabo aquéllos”. Cfr. Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 67.

³⁰ En relación al derecho de propiedad, tal aseveración figura expresamente en la explicación relativa al artículo 17 de la Carta. En relación al derecho de libertad de empresa, en tanto expresión de los derechos de libre circulación de mercancías, servicios y capitales, forma parte de la tradición constitucional común, fundamento del propio Derecho Comunitario.

El mismo carácter fundamental puede predicarse del derecho de libertad de empresa, en tanto derecho amparado por la garantía institucional prevista en el artículo 53.1 CE³¹ y proyección económica del libre desarrollo de la persona que, si bien no consta expresamente en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, sí figura reconocida en la totalidad de las constituciones de nuestro entorno, al tiempo que constituye el principal motor del proceso de integración europea.

No obstante, la inicial concepción liberal de los derechos de propiedad y libertad de empresa como extensión económica de la libertad individual no responde satisfactoriamente a las crecientes exigencias sociales de libertad e igualdad efectivas. Exigencias que, a la postre, explican la mutación del Estado liberal en el Estado social y democrático de derecho³².

Es en este momento cuando el legislador comienza a regular los derechos de propiedad y de libertad de empresa para la consecución de los nuevos fines institucionales. El resultado es la

³¹ Cfr. Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALDE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 108; Fernando REY MARTÍNEZ, “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 2004, pp. 169-202, 172 o José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 96 y 97.

³² “En un sistema político censitario al estilo del siglo pasado no tiene la menor justificación la defensa de la competencia. Y justamente por eso, en ese tipo de Estado no aparece este concepto, que solamente tiene lugar, insistiremos sobre ello, cuando la democracia política se extiende universalmente y se incorpora como un valor elemental de la sociedad. Sin democracia política no es posible la defensa de una política “antitrust”, y así se comprueba efectivamente en la historia económica. La incorporación de los valores colectivos sobre el mercado, tanto en su componente estructural como final —consumidores y usuarios—, son las aportaciones fundamentales, desde esta perspectiva, del Estado democrático moderno. Por eso mismo, adelantamos ya, el déficit democrático de nuestro país, que ha negado prácticamente durante todo este siglo las libertades políticas hasta 1978, negó la defensa de la competencia”. José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 67. Cfr. José Luis MEILÁN GIL, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, p. 246.

funcionalización de los derechos de propiedad y de libertad de empresa. Fenómeno que se alcanza armonizando el interés particular con el interés público a través de la figura de la función social de la propiedad y de la planificación de la actividad económica³³.

El Tribunal Constitucional se hace eco de esta doble proyección de los derechos constitucionales, recordando que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el proclama el art. 1 CE, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983, FJ 4.º). En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos” (sentencia 227/1993, de 9 de julio).

El proceso de funcionalización del derecho de propiedad conlleva necesariamente una diversificación del contenido de este derecho según el objeto sobre el que se proyecta³⁴. La identificación de las necesidades y aspiraciones de la ciudadanía es tarea atribuida al legislador, y éste actúa por impulsos normativos sobre ámbitos o sectores concretos de la realidad social. En tanto el derecho de propiedad constituye uno de los principales vectores de la realidad social y económica, su regulación constituye un medio eficaz de intervención en la economía. De ahí las numerosas normas sectoriales que inciden, de una u otra forma, en el derecho de propiedad, configurando su contenido.

³³ Cfr. Luis ARROLLO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 82-87.

³⁴ Cfr. Ángel MENÉNDEZ REXACH, “La propiedad en la nueva Ley del suelo”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, pp., 63-130, 65; Jorge AGUDO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 10.

Nuestro Tribunal Constitucional ha explicado este fenómeno en los siguientes y más inteligibles términos³⁵:

“la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos.”

La diversificación dominical tiene una de sus principales expresiones en la propiedad del suelo, ya que la legislación urbanística produce una de las más evidentes socializaciones del derecho de propiedad, reduciendo este derecho inicialmente “sagrado e inviolable” a una relación estatutaria en la que cada una de las facultades en las que se desgrana se define a nivel de parcela mediante la aplicación por la Administración planificadora de la técnica de clasificación del suelo³⁶.

Es cierto que la intervención legislativa en el derecho de propiedad no ha alcanzado siempre el mismo grado de “socialización” o “nacionalización”³⁷. Los textos de 1956, 1976 o 1998, por ejemplo, no vinculaban la patrimonialización del producto de la acción urbanística al levantamiento progresivo de las cargas impuestas por la regulación administrativa. Estos cuerpos normativos, si bien delimitaban el contenido del derecho de propiedad con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una

³⁵ STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ2.

³⁶ Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *El Planeamiento Urbanístico*, segunda edición, Iustel, Madrid, 2009, pp. 41-45; Jorge AGUDO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 22.

³⁷ Expresión empleada por Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo: valoración general”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 61-74, 67, Tomás Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *op. cit.*, pp. 23-29 o Ramón PARADA, *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 78.

indudable función social, no alteraban su estructura tradicional. La totalidad de las acciones del propietario sobre el bien eran subsumibles en las facultades de uso, disfrute y disposición, preexistentes a la intervención urbanística de la Administración.

Sí operó esta transformación la Ley del Suelo de 1990 y, consecuentemente, el TRLS 1992, si bien su maximalización se alcanzó con la Ley reguladora de la actividad urbanística de la Comunidad Valenciana (LRAU). El impacto de estas normas sobre la cultura jurídica española actuó de revulsivo en la comprensión del papel que los derechos de propiedad y de libertad de empresa están llamados a jugar en el vigente marco constitucional del urbanismo³⁸.

Como ejemplo de posturas encontradas en el debate surgido en aquel momento destacamos, por su valor expositivo en el presente trabajo, las defendidas por PAREJO ALFONSO³⁹ y SORIANO GARCÍA⁴⁰. La totalidad de las reflexiones vertidas por estos y otros autores sobre el TRLS 1992 cobran ahora, a la luz del TRLS 2008, renovada agudeza y actualidad⁴¹.

³⁸ Cfr. Julio C. TEJEDOR BIELSA, “La reconstrucción del modelo urbanístico en el Estado autonómico”, Coord. Francisco SOSA WAGNER, *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 3373-3419, 3375.

³⁹ Luciano PAREJO ALFONSO, *Reivindicación del urbanismo. Liberalización del suelo al servicio del interés general*, Instituto Pascual Madoz del territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, Madrid, 1997.

⁴⁰ José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Hacia la tercera desamortización (Por la reforma de la Ley del Suelo)*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

⁴¹ El TRLS 2008, por vez primera en nuestra historia urbanística, proclama expresamente la concepción estatutaria del derecho de propiedad del suelo, en los siguientes términos:

“Artículo 7. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del

El primero de estos autores defiende la detracción de la facultad de urbanizar de la esfera del derecho de propiedad para ubicarla en la libertad de empresa.

De opinión contraria es SORIANO GARCÍA, que considera que la actividad de ejecución de la urbanización debe permanecer, por exigencias constitucionales, en el seno del derecho de propiedad, calificando de inconstitucionales aquellos modelos, como el valenciano, que detraen con carácter general la actividad urbanizadora del derecho de propiedad para otorgarla a un tercero mediante concurso⁴².

En cualquier caso, debe advertirse que la solución a la cuestión relativa al régimen contractual de las obras de urbanización está fuertemente condicionada ideológicamente, y diferirá sustancialmente en función de que el punto de equilibrio entre la libertad individual y el interés social descansa en la figura de la propiedad inmobiliaria o en la libertad de empresa⁴³.

régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

⁴² Cfr. José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Hacia la tercera desamortización... op. cit.*, pp. 28 y 55.

⁴³ En el trasfondo político de este posicionamiento subyace la consideración del Mercado como institución íntimamente vinculada a la igualdad efectiva de oportunidades, en oposición al concepto liberal de mercado como espacio no regulado –simple ámbito de relaciones intersubjetivas extrañas al poder ejecutivo–.

En este sentido, SORIANO GARCÍA, realiza un interesante análisis sobre el trasfondo ideológico del derecho de competencia en España, en *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, pp. 69 y siguientes, así como en la obra *Derecho Público de Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 63 y ss.

En el más concreto ámbito del urbanismo, Tomas Ramón FERNÁNDEZ TORRES denuncia el fenómeno de conversión del urbanismo en un “campo de batalla” de enfrentamiento político, “El estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2007, pp. 23-29; 23. Reflexiones todas ellas que ponen en evidencia el fuerte condicionamiento ideológico que late tras uno u otro modelo.

En relación con la concepción del derecho de propiedad del suelo, *vid.*, Ángel MENÉNDEZ REXACH, “La propiedad en la nueva Ley del suelo”, *Derecho Privado y Constitución*; núm. 3, mayo-agosto 1994, pp.

2. Vertiente institucional de la libertad de empresa: el mercado de las obras de urbanización

A. Consideraciones generales

Como hemos visto anteriormente, la libertad de empresa puede considerarse como un derecho fundamental, expresión de la libertad económica de la persona.

Asimismo, el ejercicio individual de este derecho tiene un fuerte contenido relacional, especialmente en lo que se refiere a la concurrencia con los restantes operadores del mercado. Tal es así que, sin concurrencia, el derecho de libertad de empresa es una mera declaración formal imposible de ejercer en la práctica. Por otra parte, la concurrencia presupone la libertad de todo potencial operador de ejercer una actividad económica, ya que “es la empresa, como unidad económica en todos los sectores, la que tiene como componente esencial de su actuación en libertad el respeto a la libertad de los demás”⁴⁴.

Y no es posible la existencia de una verdadera competencia si los operadores económicos no concurren en condiciones de igualdad. De ahí que la igualdad se conciba como un componente esencial de la competencia y de la economía de mercado. A la postre, la libertad de empresa únicamente existe en tanto exista competencia en condiciones de igualdad⁴⁵.

Por lo tanto, la libertad de empresa presupone libertad e igualdad efectivas en la competencia con los restantes operadores, lo que exige a los poderes públicos la adopción de las medidas regulatorias y de control necesarias para remover los obstáculos que, impidiendo o dificultando tal competencia, eliminen o dificulten el ejercicio efectivo de la libertad de empresa.

Desde esta premisa, puede afirmarse con SORIANO que “la legislación de defensa de la competencia es una legislación general

63-109, 65.

⁴⁴ José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, *op. cit.*, p. 239.

⁴⁵ Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 120 y ss.

que actúa como límite estructural y esencial de la propia libertad de empresa, a la que sitúa así en su vertiente dinámica y, por ende institucional, al componerse la institución "mercado" del conjunto completo de todas las empresas actuantes en el mismo, de la posibilidad de acceso al mismo y de la interrelación entre sí de las mismas⁴⁶. Debiendo concluir que el derecho de la competencia recaba su fuerza y razón de ser del propio texto constitucional y contribuye a la *delimitación del núcleo esencial de esta libertad*. Ahora bien, en palabras del mismo autor⁴⁷, "la competencia es un valor primordial, pero no un valor absoluto y único. Lo cual supone que es necesario acercarse a los temas objeto de análisis económico desde una perspectiva del derecho de la competencia, y después, si acaso, excepcionarla mediante un ponderado equilibrio de las ventajas que para un determinado momento y circunstancia puede tener permitir un comportamiento anticompetitivo. A lo que obliga el derecho de la competencia es a examinar el problema desde esta óptica en primer lugar. Y después, obliga también a justificar y motivar adecuadamente una decisión contraria a la libre competencia".

Por otra parte, junto a la delimitación del contenido del derecho de libertad de empresa operado por el derecho de la competencia, surgen otra serie de límites en su ámbito objetivo de aplicación, que se justifican en el necesario respeto de otros derechos individuales fundamentales en colisión⁴⁸. La protección de consumidores o usuarios, o la declaración de ciertos bienes o servicios como *res extracomercium* por motivos de salud pública o como consecuencia de su participación en el ejercicio de poder público, son claros ejemplos de esta delimitación de su contenido esencial.

En otro plano se sitúa la *restricción del derecho de libertad de empresa* operada a través de la reserva de actividad (art. 128

⁴⁶ José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, *op. cit.*, p. 239.

⁴⁷ José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, p. 39.

⁴⁸ *Vid.* entre otras, STC 88/1986, de 1 de julio, o la STC 228/1993, de 9 de julio. En estas sentencias se hace referencia a los valores constitucionales protegidos por el derecho de protección de consumidores y usuarios, a la vez que se deslinda este derecho del derecho de competencia.

CE). Ésta se produce en un momento conceptual posterior a la delimitación del núcleo esencial del derecho y no descansa en la naturaleza de la actividad sobre la que se proyecta, sino “en la adecuación de la organización de la provisión de los bienes o la prestación de los servicios a las exigencias de los valores y los bienes jurídicamente protegidos que sean pertinentes”⁴⁹.

Sentada la diferencia entre delimitación y restricción de los derechos de propiedad y libertad de empresa, la confrontación constitucional de la legislación urbanística que residencia la acción urbanizadora en esta última ha de responder a las siguientes cuestiones:

- Si la ubicación de la actividad de urbanización en el ámbito de la libertad de empresa vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad.

- Si la detracción de la actividad de urbanización del seno de la libertad de empresa para su ulterior devolución al mercado por la Administración en un procedimiento de pública concurrencia implica una restricción injustificada de tal libertad.

Y en la medida en la que el concepto de núcleo esencial se dibuja desde la percepción o “reconoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate”⁵⁰, es preciso esbozar previamente las características de dicha percepción.

B. El halo de incertidumbre en la delimitación entre el derecho de propiedad y la libertad de empresa en materia urbanística

Los derechos de libertad de empresa y de propiedad comparten un espacio instrumental común. De ahí la existencia de un halo de incertidumbre en la delimitación entre uno y otro derecho⁵¹. En el ámbito urbanístico esta incertidumbre se convirtió paulatinamente en confusión, dado que la imposición a los

⁴⁹ Luciano PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y servicios de interés general: La renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 51-68, 63.

⁵⁰ STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ. 2.

⁵¹ Cfr. Luis María DIEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 104.

propietarios de la obligación de costear y ejecutar la urbanización terminó siendo percibida como una facultad exclusiva del derecho de propiedad del suelo⁵².

Paralelamente a la percepción de la actividad de urbanización como facultad, se consolida el entendimiento de la ejecución o costeamiento de la urbanización como “carga”⁵³, concepto que aboca todavía más la actividad urbanizadora a la estructura del derecho real de propiedad.

La percepción social de la actividad urbanizadora como parte integrante del derecho de propiedad conlleva, asimismo, la exclusión de esta actividad del ámbito propio de la libertad de empresa y, correlativamente, del derecho de competencia.

Por ello, el contraste de la legislación urbanística preconstitucional con las exigencias derivadas del Derecho comunitario y con las experiencias legislativas de determinadas comunidades autónomas han generado una sensación de crisis del modelo tradicional. Como afirma TEJEDOR BIELSA, “asistimos así, en suma, a la posible quiebra de un modelo urbanístico unitario español, cuyo eje ha venido siendo la regulación de la propiedad privada del suelo, y al nacimiento, quizá apresurado y poco reflexivo, de un nuevo modelo urbanístico europeo, en el que la empresa y la garantía de la competencia se erigen como fundamentos y principios inspiradores. A la concepción

⁵² “Esta confusión se arrastra desde que la LS/56 convirtió en normal realizar las urbanizaciones mediante sistemas en los que, sin expropiar los terrenos afectados, los propietarios costean las obras e, incluso, según los casos, asumen el protagonismo en la actividad. Lo veremos con más detenimiento al estudiar los sistemas de ejecución y, sobre todo, el denominado sistema de compensación que es el que lleva más lejos este protagonismo de los propietarios. A ello se suma que ha sido habitual en nuestras Leyes urbanísticas, como se verá al estudiar el régimen del suelo, enumerar entre los derechos de los propietarios de ciertos suelos (suelo urbanizable y urbano no consolidado) el derecho a urbanizar.” Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO De ALBORNOZ y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Manuel REBOLLO PUIG (Coord.) *Derecho Urbanístico ... op. cit.*, p. 62.

⁵³ Se opone a su configuración como carga Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, “El derecho a urbanizar: cargas y deberes”, en Enrique GÓMEZ-REINO y CARNOTA, (dir.), *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, Madrid. 1998, p. 210.

propietaria del urbanismo parece suceder, ahora, una nueva, y más auténtica en ocasiones, visión empresarial del mismo”⁵⁴.

Ahora bien, tal vez el modelo urbanístico español no haya sido tan unitario, ya que tanto la LS 1956 como el TRLS 1976, preveían, conjuntamente con sistemas muy volcados en el derecho de propiedad, otros que no lo eran tanto. Un ejemplo es la figura de los Programas de Actuación Urbanística del TRLS 1976, cuya analogía con los programas de actuación integrada de la LRAU ha sido puesta de manifiesto por PAREJO ALFONSO con ocasión del examen del auto de 15 de octubre de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia⁵⁵.

La coexistencia de los Programas de Actuación Urbanística con el sistema de compensación, cooperación o expropiación mediante concesión (artículo 114.2 TRLS 1976) demuestra que la confusión entre derecho de propiedad y libertad de empresa únicamente se producía en determinados sistemas de actuación.

De hecho, y por lo que a esta exposición atañe, los principales modelos históricos de gestión del suelo podrían diferenciarse en función del ámbito subjetivo sobre el que se proyecta la libertad de empresa.

En el supuesto de que la Administración declare la ejecución de las obras de urbanización como servicio público a gestionar de forma directa (*sistemas de expropiación forzosa o cooperación*), se estaría eliminando totalmente la libertad de empresa de los particulares en la actividad de gestión.

⁵⁴ Julio C. TEJEDOR BIELSA, “Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 112, 2001, pp. 597-611, 597.

No obstante, este mismo autor, afirmó que “Hablar de un “modelo urbanístico español” tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 resulta, cuando menos, arriesgado.” *Vid.* Julio C. TEJEDOR BIELSA, “La reconstrucción ...”, *op. cit.*, pp. 3373-3419, 3375.

⁵⁵ Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del “urbanizador” en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002, pp. 69-108, 87.

Aquellos modelos que residen la facultad de urbanizar en los propietarios (*concierto, compensación*) estarían reconociendo el derecho de libertad de empresa para la gestión y ejecución de las obras de urbanización a los propietarios de los terrenos incluidos en el ámbito a urbanizar.

Y, por último, estaría aquel otro modelo (*agente urbanizador o concesión de obra urbanizadora*) que atribuye la facultad de urbanizar a cualquier particular, sea o no propietario del suelo, y en el que se ampliaría todavía más el círculo de sujetos titulares del derecho de libertad de empresa en este sector económico, extendiéndose a cualquier empresa con capacidad y solvencia suficiente.

La libertad de empresa se manifiesta en todos los modelos, si bien con alcances diferentes.

Así, en el supuesto de reserva a los propietarios del suelo de la facultad de urbanizar, este derecho comprende la libertad de acceso -preexistente a la habilitación administrativa- a una actividad empresarial con un objeto concreto y perfectamente determinado (obras de urbanización descritas en el correspondiente proyecto de urbanización).

Sin embargo, en el supuesto de apertura de esta actividad económica a todo particular, sea o no propietario del suelo, únicamente se reconoce el derecho de acceso, no a la actividad material, sino al mercado público de contratación de la actividad material. De esta forma, el particular que accede a este mercado público lo hace como aspirante en un sistema contractual de adhesión en pública concurrencia. De alcanzar la habilitación, ésta lo situaría en el marco de una relación contractual pública en la que su posición como parte contratante no se regiría por el principio de igualdad entre las partes. Es decir, el marco normativo en el que se mueve la libre empresa sería el propio de un mercado público en el que la autonomía de la voluntad -sustrato civil último de la libre empresa- se encuentra fuertemente constreñida.

Podría concluirse que en el primer modelo se estaría primando la libertad de empresa como derecho individual de la persona, en tanto amplía el campo de desarrollo de la autonomía personal. Por el contrario, en el segundo modelo se pondría el acento en la vertiente institucional del derecho, ya que, si bien se ampliaría sustancialmente el número de titulares de libertad de

empresa, ésta sería una libertad de empresa “menos libre”, ya que, desde su nacimiento, discurriría por los estrechos cauces del derecho público.

Por ello, las principales críticas vertidas sobre la detracción de la facultad de urbanizar de la esfera del derecho de propiedad se fundamentan en la limitación que ello implica de la libertad de empresa del propietario del suelo, entendida esta libertad desde la perspectiva liberal de acceso, no a un mercado público, sino a la actividad material o, en su caso, al mercado privado. Entienden los críticos que la consecución de las finalidades de servicio público podría alcanzarse igualmente mediante el instituto de la función social de la propiedad, al tiempo que sería menos restrictiva de la libertad individual.

Es expresiva de esta preocupación la siguiente reflexión de SORIANO a propósito de la LRAU⁵⁶:

“El intento del legislador de enfrentar empresa y propiedad es una tremenda trampa en la que no hay que caer.

La empresa es la que, de forma ordinaria, gestionará esos derechos de propiedad. Pero de forma común, ordinaria. Esto es, actuando en el conjunto del mundo económico a través de la cooperación voluntaria, de la transacción, de la utilización de sus poderes de compra.”

Tras estas palabras late la preocupación sobre la existencia de un debate entre un modelo urbanístico “patrimonialista” y otro centrado en la libertad de empresa, de forma tal que cada modelo implicaría la exclusión del opuesto, justificando su exclusividad en una pretendida opción del poder constituyente.

Para este autor, la defensa de la libertad de empresa en materia de urbanismo debe tomar otros derroteros, que asuman la necesidad de iniciar un verdadero proceso de “liberalización del suelo” a través de la introducción de la competencia entre los usos del suelo, para lo que propone su desregulación⁵⁷.

⁵⁶ José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Hacia la tercera desamortización, op. cit.*, p. 73.

⁵⁷ Coincide el autor con las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su informe “Remedios políticos que

Este debate nos lleva directamente al campo del contenido de los derechos de propiedad y libertad de empresa y, concretamente, al límite del legislador para configurar su contenido. Límite que no es otro que el necesario respeto del contenido esencial de estos derechos⁵⁸.

3. El debate surgido a raíz de la promulgación de la Ley 8/1990 y la LRAU. La delimitación entre el contenido esencial de los derechos de propiedad y libertad de empresa

Tal y como adelantamos, a raíz de la promulgación de la Ley 8/1990 y, fundamentalmente, de la LRAU, surgió un intenso debate acerca del papel que los derechos de propiedad y de libertad de empresa estaban llamados a desempeñar en el derecho urbanístico español.

Las principales posiciones doctrinales se polarizan en torno a un mismo concepto de apoyo: el contenido esencial de los

pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios”.

⁵⁸ Respecto del derecho de libertad de empresa, la aplicación de la técnica de la garantía institucional se aplica por vez primera en la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, que en su fundamento jurídico afirma “Antes de entrar en tal examen es forzoso precisar, en la medida estricta aquí necesaria, el contenido del precepto constitucional cuya lesión se aduce en primer término, esto es, del art. 38 de nuestra Ley Fundamental en cuanto reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». Como es obvio, tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites como el de aquellos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el capítulo segundo del título primero de la Constitución está asegurado en ésta por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo de que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial (art. 53.1 CE). No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde en último término y para cada caso concreto llevar a cabo esa determinación”.

derechos recogidos en la Sección II, Capítulo II, del Título I, al que hace referencia el artículo 53 CE⁵⁹.

La técnica de la garantía institucional es entendida por nuestro Tribunal Constitucional como el límite impuesto al legislador ordinario al configurar el contenido normal del derecho. Cuáles son éstos límites es una pregunta a la que no se puede responder en términos generales y abstractos, sino que habrá de obtenerse de cada enjuiciamiento concreto y de conformidad con las circunstancias sociales vigentes en ese momento⁶⁰.

Sí que precisa el Tribunal Constitucional que estos límites conformadores del contenido o núcleo esencial de los derechos serán los *implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos*⁶¹. Se impone así una relación de equilibrio entre los diferentes derechos constitucionales, de forma tal que la configuración legal de un derecho no haga impracticable o irreconocible a otro u otros derechos constitucionales que se proyecten sobre la misma realidad social. De esta forma, la percepción social del derecho a proteger toma cuerpo de garantía institucional y se proyecta sobre las utilidades que, en un determinado momento histórico, aporta al individuo.

La dialéctica entre los derechos de propiedad y de libertad de empresa en la gestión urbanística debe buscar esta situación de

⁵⁹Sobre el concepto del contenido esencial del derecho de propiedad inmobiliaria existe una amplísima literatura. Entre otros, *vid.*, Pedro ESCRIBANO COLLADO, *La propiedad privada urbana*, Montecorvo, Madrid, 1979; Pedro CRUZ VILLALÓN, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989; Fernando REY MARTÍNEZ, "Sobre la (paradójica) jurisprudencia...", *op. op. cit.* y *La propiedad privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Luis AGUIAR DE LUQUE, *op. cit.*; Ángel MENÉNDEZ REXACH, "La propiedad..." *op. op. cit.*; Jesús LEGINA VILLA, *op. cit.*; Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALDE, *op. cit.*; Jorge AGUDO GONZÁLEZ, *op. cit.*; María Astrid MUÑOZ GUIJOSA, *El Derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Aranzadi, Navarra, 2009.

⁶⁰ STC 37/1981, de 16 de noviembre. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el concepto de núcleo o contenido esencial. *Vid.* STC 11/1981, de 8 de abril; 196/1987, de 11 de diciembre; 71/1994, de 3 de marzo, entre otras.

⁶¹ STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 3.

equilibrio, tomando conciencia de la variabilidad social del punto de encuentro.

A la luz de esta breve introducción expondremos sucintamente las principales líneas doctrinales contrapuestas y alumbradas a raíz de la Ley 8/1990 y de la LRAU.

La doctrina tradicional ubica *la facultad de urbanizar dentro del derecho de propiedad del suelo*⁶².

De acuerdo con ésta línea de pensamiento, el derecho de propiedad se descompondría en las facultades principales de usar, disfrutar y disponer de la cosa, sin más limitaciones que las impuestas por las leyes (artículo 348 Cc).

Estas limitaciones legales, que deberán justificarse en un interés social, únicamente podrán orientar el ejercicio de dichas facultades, si bien no podrán eliminarlas completamente sin cercenar el núcleo esencial del derecho de propiedad. Aquellas intervenciones legislativas que, en aras del interés social, detraigan el libre ejercicio de estas facultades del derecho de propiedad, deberían ser tachadas de inconstitucionales por cruzar la línea roja de lo indisponible para el legislador.

Desde este entendimiento se explican las palabras de SORIANO en las que afirma que TRLS 1992 habría “cortado con bisturí de cirujano las distintas facultades del derecho de propiedad, que atribuye sólo desde un instrumento público, y ha convertido al propietario del suelo en un colaborador forzoso de la Administración, colocándole en una posición cercana al mero concesionario de un servicio público en una situación claramente atentatoria de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución. Y la frase no resulta excesiva, ya que el estatuto dominical de la propiedad del suelo se caracteriza en esta ley por aceptar una publicación de todo el ejercicio del derecho de propiedad, hasta el punto de que tal derecho parece más el soporte físico de una función pública otorgada a determinados sujetos o ejercida directamente por la Administración. En suma, un servicio público”⁶³.

⁶² Cfr. Alejandro Javier CRIADO SÁNCHEZ, *El agente urbanizador en el Derecho Urbanístico español*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2005, p. 87.

⁶³ José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Hacia la tercera*

Tras el párrafo transcrito subyace un todo un juicio de constitucionalidad que descalificaría esta regulación, tanto por traspasar el núcleo esencial del derecho de propiedad como por vulnerar el principio de proporcionalidad en la intensidad de la intervención.

El primero de los vicios –minoración del contenido esencial del derecho- se justifica en una visión histórica del derecho de propiedad de clara inspiración liberal, en la que las facultades de transformación de la cosa -incluida la facultad edificatoria⁶⁴- forman parte del contenido esencial del derecho y, consecuentemente, preceden a la intervención pública⁶⁵. Por ello, cuando el legislador elimina de la propiedad del suelo todas las facultades derivadas de la acción urbanística, difiriendo su adquisición y condicionándolas al previo ejercicio de una serie de funciones públicas, estaría atentando contra el derecho de propiedad tal y como es histórica y socialmente comprendido.

Nótese que no se está prescindiendo de la delimitación del contenido del derecho de propiedad de acuerdo con la función social, sino que el límite de lo indisponible se traza en torno a una serie de facultades preexistentes a la acción pública urbanística, entre las cuales se encuentran la libertad de transformar el suelo mediante la urbanización y edificación y la libertad de disposición del suelo a través de su libre incorporación al mercado.

desamortización, op. cit., p. 82.

⁶⁴ Cfr. José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Hacia la tercera desamortización, op. cit., p. 87*, se opone a la consideración de la urbanización como una facultad, incluyéndola dentro de la categoría de obligación, en los siguientes términos: “Que efectivamente se trata de una obligación y no de una facultad –además de algo que parece obvio, puesto que costear la urbanización no es precisamente una dádiva que se regale al propietario– está reconocido en el propio texto legal cuando establece como causa de extinción del proceso urbanizador y consecuente sometimiento a la expropiación forzosa, si la urbanización efectiva de los mismos... no se realizare en los plazos establecidos al efecto. La urbanización, sin duda, es una obligación. Y nada baladí, por cierto.”

⁶⁵ Cfr. María PARDO ÁLVAREZ, “El derecho a urbanizar, ¿sumisión a la Ley de contratos?”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 198, 2002, pp. 11-36, 21.

A juicio de SORIANO, una regulación, como la valenciana, que establezca mecanismos coactivos que interfieran en la negociación entre el propietario del suelo y la empresa urbanizadora debería tacharse de inconstitucional, en tanto pervierte la facultad de libre disposición del derecho de propiedad y, con ello, el núcleo esencial de este derecho⁶⁶.

El segundo de los vicios consistiría en la vulneración del principio de proporcionalidad en la intervención. A esta conclusión se llegaría tras observar que, en el sistema de adquisición gradual de las facultades urbanísticas, el depositario de las mismas es la propia Administración pública, que las devuelve al titular de la propiedad en una suerte de contraprestación.

Lo desproporcional de este modelo radicaría en que el interés público perseguido puede satisfacerse a través de mecanismos menos restrictivos del derecho de propiedad, tales como la desregulación del suelo o como los ya previstos en la legislación anterior (TRLR 1976) que, sin publicar el derecho de propiedad, permiten satisfacer el interés público con un grado de eficacia equivalente. Cuestión diferente sería el porqué de la inaplicación de estos mecanismos por la Administración urbanística⁶⁷.

Por otra parte, esta intervención no se justificaría en el necesario respeto del derecho de libertad de empresa, ya que ésta presupone para su ejercicio la propiedad, de tal forma que sin propiedad no existe empresa. Tal es así que, eliminando el derecho de acceso del propietario al ejercicio de la actividad urbanizadora, paradójicamente se estaría restringiendo la libertad de empresa⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Hacia la tercera desamortización...*, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁷ Desproporción que se ha achacado en términos semejantes al actual modelo del TRLR 2008, tanto por las semejanzas en la adquisición gradual de las facultades urbanísticas como por la nacionalización del derecho a urbanizar. Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo: valoración general”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Septiembre-diciembre 2007, pp. 61-74, 67. En términos análogos *vid.* Tomás Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁸ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE...”, *op. op. cit.* p. 23. En el mismo sentido Ángel MENÉNDEZ REXACH, “La propiedad...”, *op. cit.*, p. 113.

A mayor abundamiento, el producto de una regulación que detrajese la actividad urbanizadora para atribuirle a la Administración y ésta, a su vez, a la libertad empresarial de los particulares en pública concurrencia, no sería, propiamente, libertad de empresa o, siéndolo, estaría tan debilitada que no sería socialmente reconocible como tal. Al precisar el acceso a la actividad económica de ejecución de las obras de urbanización de una habilitación previa otorgada con pública concurrencia, lo más que existe es un derecho a proponer a la Administración competente el inicio del procedimiento, no un derecho preexistente a la habilitación de ejercer tal actividad⁶⁹. No existiendo tal derecho de acceso – en opinión de SORIANO- debe concluirse que no existe propiamente libertad de empresa.

La línea doctrinal contrapuesta es cumplidamente defendida por PAREJO ALFONSO⁷⁰, quien defiende que *la facultad de urbanizar no forma parte del núcleo esencial del derecho de propiedad*.

De acuerdo con este autor, cabría diferenciar entre “suelo”, como figura constitucional recogida en el artículo 47 CE, y derecho de propiedad, por más que entre ambas haya un indudable relación⁷¹. De tal forma que suelo “es equivalente al recurso natural «espacio» en el que se desenvuelven las actividades humanas y, en primer lugar, la de residencia y habitación, comprendiendo así también el vuelo y el subsuelo necesarios. De ahí que, como también ha determinado el Tribunal Constitucional, puede y debe ser objeto de una decisión colectiva primera para su misma configuración (...) Consecuentemente, entre el suelo a que se refiere el artículo 47 CE como objeto de la política urbanística y la institución de la propiedad privada contemplada en el artículo 33 CE no cabe establecer ninguna correlación directa y menos aún en términos de obligada asignación a los propietarios de «suelo» (es decir, en realidad de «tierras» o «terrenos») del papel de agentes

⁶⁹ Cfr. José Luis MARTÍNEZ MUÑIZ. “El derecho de propiedad...”, *op. cit.*, pp. 532 y ss.

⁷⁰ Luciano PAREJO ALFONSO. *Reivindicación del urbanismo. Liberalización del suelo al servicio del interés general*. Instituto Pascual Madoz del territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, Madrid, 1997.

⁷¹ En el mismo sentido, *vid.* Marcos VÁQUER CABALLERÍA, “Constitución, Ley de Suelo y Ordenamiento territorial”, en el libro colectivo *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 69-115; 72.

urbanísticos o de transformación —ahora sí— del recurso natural «suelo». Por más que, como es obvio, del juego de los artículos 33 y 132 CE resulte —según igualmente ha aclarado el Tribunal Constitucional— que la organización jurídica de la mayor parte de las cosas, incluso las de los elementos («tierras» o «terrenos») que resultan de la fragmentación por el hombre del recurso «suelo», deba quedar encomendada precisamente a la institución de la propiedad privada”⁷².

Por lo tanto, del 47 CE se desprendería un primer límite constitucional del derecho de propiedad privada, que opera en el campo de la función social de éste derecho, y se concretaría en un mandato al poder constituido para conciliar la propiedad inmobiliaria con las exigencias sociales sobre el uso del suelo. En otras palabras, la regulación de las acciones públicas necesarias para garantizar la utilización del suelo de acuerdo con el interés general contribuye a delimitar el núcleo esencial del derecho de propiedad.

Esto no significa que se otorgue carta blanca al legislador para atajar la especulación sin consideración de los restantes bienes o intereses constitucionales implicados, ya que el legislador, en tanto modifique un derecho o interés constitucional configurado previamente, deberá realizar una ponderación de los intereses constitucionales en juego. En la medida en la que el modelo urbanístico estudiado parte de la reserva a la Administración de la actividad de transformación urbanística, dicha ponderación debe enjuiciar la necesidad e idoneidad de dicha reserva así como el grado de afección sobre los restantes bienes jurídicos de relevancia constitucional (proporcionalidad en sentido estricto)⁷³.

A juicio de PAREJO ALFONSO, el modelo urbanístico de la LRAU supera sin problemas dicho test de razonabilidad o proporcionalidad en sentido amplio, en tanto en el complejo de intereses a ponderar por el legislador, el público de la transformación del suelo, es decir, su urbanización efectiva es sin duda preferente, siquiera sea porque es consecuencia del definido

⁷² Luciano PAREJO ALFONSO. *Reivindicación del urbanismo...* *op. cit.*, p. 13.

⁷³ Cfr. Luis María DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 110.

por la ordenación en vigor y su satisfacción es presupuesto de la de éste.

Así es incluso desde la perspectiva del interés de los propietarios afectados, concebido de la manera más amplia posible. Pues, aunque tal interés se agote –jurídicamente hablando- en la indemnidad del propio patrimonio (por conversión del bien correspondiente en su equivalente económico, mediante expropiación), cabe admitir –por razones de oportunidad y conveniencia legislativa- su extensión a la sustitución del bien actual por otro proporcionalmente equivalente ya urbanizado⁷⁴.

De este primer límite se desprendería que una regulación que prevea la reserva de la iniciativa de urbanizar a favor de la Administración para que ejerza dicha iniciativa por sí o mediante su devolución al mercado, no sólo no estaría vulnerando el núcleo esencial del derecho de propiedad, sino que no podría tacharse de desproporcionada, en tanto el nivel de intervención sobre el derecho de propiedad es menor al resultante de la aplicación de otras técnicas tradicionales de nuestro Derecho avaladas constitucionalmente, como la expropiación forzosa.

Pero el autor va más allá y considera que, si la ponderación entre el derecho de propiedad y los intereses públicos implicados refrenda la constitucionalidad de la intervención, de la ponderación entre los derechos constitucionales de propiedad y libertad de empresa deriva la necesaria publicación de la actividad material de transformación urbanística.

Argumenta PAREJO ALFONSO que el fundamento de la actividad consistente en el empleo de la propiedad (en el sentido de riqueza, de disposición sobre bienes) para producir nueva propiedad, no está en el artículo 33 CE, sino en el artículo 38 CE, sin perjuicio de la obvia íntima conexión entre ambos preceptos⁷⁵.

Cuando se ejecutan obras de urbanización no se está disfrutando de la propiedad, en el sentido de hacer propios los frutos de la misma, ni obteniendo una utilidad o contribuyendo a una futura utilidad derivada de la mejor explotación de la misma.

⁷⁴ Luciano PAREJO ALFONSO. *Reivindicación del urbanismo...* *op. cit.*, p. 61.

⁷⁵ Luciano PAREJO ALFONSO. *Reivindicación del urbanismo...* *op. cit.*, p. 65.

Lo que se está haciendo es realizar las operaciones físicas necesarias para modificar su estatuto jurídico, es decir, para crear otro derecho de propiedad.

Por otra parte, desde el momento en el que se instaura la técnica de la clasificación del suelo y se articula toda una serie de mecanismos coercitivos tendentes a su ejecución, la iniciativa de la actividad de transformación radica, no en la libre autonomía de la voluntad del propietario, sino de una decisión ejecutiva de la Administración, por lo que aquí menguaría la proyección de la actividad de urbanización como extensión del libre desarrollo de la persona del propietario para pasar a ser el ejercicio de una función pública.

Teniendo esta actividad su correcto encaje en el artículo 38 CE, no existiría apoyatura constitucional alguna para restringir la libertad de empresa a los propietarios del suelo, por lo que ésta debería abrirse a la totalidad de sujetos potencialmente interesados.

Por ello, a toda acción normativa que detrajese la acción urbanizadora del ámbito objetivo de la libertad de empresa de los particulares no propietarios de suelo debería preceder un juicio de proporcionalidad. Y este juicio se aventura desfavorable en tanto la experiencia de la figura del agente urbanizador nos demuestra la existencia de un modelo de intervención menos restrictivo de esta libertad.

Correlativamente, en la medida en la que el sistema de compensación impone el ejercicio de la actividad urbanizadora con carácter asociativo (salvo en el supuesto de existir un único propietario) y coercitivo (con amenaza, incluso, de expropiación forzosa), este sistema estaría vulnerando los derechos de los propietarios de asociación y de libertad de empresa en su vertiente negativa, sin que existan razones de peso que justifiquen la proporcionalidad de la medida⁷⁶.

⁷⁶ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, *Reivindicación del Urbanismo.. op. cit.*, p. 66. El autor considera que la incorporación obligatoria del propietario a la Junta de Compensación (bajo sanción expropiatoria por incumplimiento de la función social de la propiedad), no tiene encaje en el artículo 52 CE, por lo que vulneraría el derecho fundamental de asociación en su vertiente negativa.

Llega a la misma conclusión, por distintos derroteros, TEJEDOR BIELSA⁷⁷, según el cual “la función social de la propiedad, por tanto, no puede suponer la imposición al propietario del deber de insertar sus bienes en un proceso productivo actuando como empresario”, ya que, “a través de esta artificiosa concepción de la función social, el legislador estaría imponiendo al titular del suelo la realización de una actividad productiva, la forma en que ha de llevarla a cabo y el momento en que ha de concluirla. Así, la libertad que se reconoce al empresario para el acceso, el desarrollo y la cesación en su actividad empresarial (Sentencias del Tribunal Constitucional 227 y 228/1993, por todas) se le niega al propietario”.

Discrepa de las anteriores apreciaciones MENÉNDEZ REXACH⁷⁸, quien recuerda que el Tribunal Constitucional, en la ya citada sentencia 37/87, afirmó que “la función social de la propiedad al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar a su vez el derecho del empresario agrícola para producir o no producir”, palabras de las que cabe deducir un deslinde entre el contenido del derecho de propiedad y el de libertad de empresa, de forma tal que, en el sistema de compensación la ejecución de la urbanización constituiría una manifestación de la función social de la propiedad bajo la imposición de una obligación de hacer a los propietarios de suelo. Concluye este autor que la única limitación a la libertad de empresa es la que deriva de la asunción de la actividad urbanizadora por la propia Administración (sistemas de expropiación y cooperación), en tanto impediría su ejercicio a los propietarios que desearan asumir la gestión.

4. Perspectiva actual

La Constitución Española de 1978 refleja en el artículo 33 la doble faz –subjética e institucional- del derecho de propiedad, afirmando que la función social de la propiedad delimitará su contenido de acuerdo con las leyes.

⁷⁷ Julio C. TEJEDOR BIELSA, “La reconstrucción ...”, *op. cit.*, pp. 3373-3419, 3397 y 3399. En términos análogos. Vid. “Propiedad, urbanismo y estado autonómico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 148, enero-abril 1999, pp. 387- 433; 411 y 412.

⁷⁸ Cfr. Ángel MENÉNDEZ REXACH, “La propiedad...”, *op. cit.*, pp. 110-113.

El acogimiento constitucional de la vertiente institucional conlleva un mandato al legislador ordinario para el desarrollo de los estatutos jurídicos en los que se diversificará el derecho de propiedad en función del objeto apropiable. Pero la amplitud de la remisión normativa al legislador para la “delimitación” del contenido del derecho de propiedad suscitó una sensación de vaciamiento constitucional del núcleo del derecho y, a la postre, serias dudas sobre la operatividad de la técnica de la garantía institucional como límite al ejercicio del poder legislativo. Esta situación pretendió solventarse afirmando que la función social no delimita el contenido esencial del derecho de propiedad, sino que lo restringe⁷⁹.

Con independencia de la postura que se adopte al respecto⁸⁰, lo cierto es que dicho artículo reenvía al legislador ordinario la identificación de la función social de la propiedad y, consecuentemente, la delimitación del derecho de propiedad mismo, y ello con un margen de libertad tal que ha llegado a hablarse de “desvaloración”⁸¹ o “devaluación”⁸² del derecho de propiedad.

Esta posición de debilidad⁸³ de la vertiente subjetiva del derecho en el proceso de delimitación de su contenido se ha visto reforzada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que frente a las teorías tradicionales que identifican el núcleo esencial de este derecho con el tradicional *ius utendi, ius fruendi e ius abutendi*, ha consolidado la reducción de tal núcleo esencial a “una

⁷⁹ Cfr. Fernando REY MARTÍNEZ, “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, pp. 169-202, 183 y ss.; Jesús LEGUINA VILLA, “El régimen constitucional de la propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, pp. 9-28. Retoma el debate más recientemente Jorge AGUDO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁰ Ángel MENÉNDEZ REXACH ha calificado esta discusión como “estéril”, dado que, “al configurarse la función social como elemento estructural del derecho, es claro que define su contenido”, “La propiedad...”, *op. cit.*, p. 66.

⁸¹ Jorge AGUDO GONZÁLEZ, *op. cit.*

⁸² Fernando REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, p.182.

⁸³ A propósito de la recepción del concepto “derecho subjetivo debilitado” por nuestro Tribunal Constitucional en relación al derecho de propiedad, *vid.*, Fernando REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

rentabilidad variable, dependiente de los términos en que se plasme en cada caso la función social de la propiedad”⁸⁴.

Pero la máxima reducción del núcleo esencial del derecho de propiedad a una rentabilidad real no implica que, en función del objeto sobre el que se proyecte, este núcleo esencial no pueda comprender, asimismo, otras facultades de la trilogía civilista (usar, disfrutar y disponer) cuya ablación no sea necesaria en aras del interés social.

Esta concepción flexible y variable del contenido esencial del derecho de propiedad ha permitido que algunos autores defiendan la integración en su contenido esencial de ciertas facultades tales como el *ius aedificandi*, entendido éste desde una acepción amplia, como facultad de transformación del suelo, y no sólo como facultad de edificar⁸⁵.

Sin embargo, ni tan siquiera los defensores de esta visión flexible y variable del contenido esencial del derecho de propiedad incluyen la actividad urbanizadora dentro de ese núcleo esencial, sino que es comúnmente aceptado que la inclusión en uno u otro derecho es una opción del legislador que no se ve condicionada por la técnica de la garantía institucional.

A esta exclusión de la actividad de urbanización del núcleo esencial del derecho de propiedad ha contribuido su dilatada trayectoria histórica como obra pública, así como la circunstancia de que esta actividad nunca ha correspondido a todo propietario de suelo, sino exclusivamente a aquellos propietarios de parcelas incluidas en ámbitos delimitados por el planeamiento y a los que éste impone el deber de urbanizar, de lo que se concluye que la actividad urbanizadora no preexiste al planeamiento urbanístico, sino que es una atribución del mismo⁸⁶.

⁸⁴ Jorge AGUDO GONZÁLEZ, “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, mayo-agosto 2011, pp. 9-47, 18.

⁸⁵ Vid. Ángel MENÉNDEZ REXACH, “La propiedad...”, *op. cit.*, p. 80. Más recientemente, Jorge AGUDO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 36 y 37 y María Astrid MUÑOZ GUIJOSA, *El Derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 363.

⁸⁶ Vid. Ángel MENÉNDEZ REXACH, “La propiedad...”, *op. cit.*, p. 85.

5. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto puede deducirse que no existe una predeterminación constitucional del modelo urbanístico que derive de la delimitación del contenido esencial de los derechos de propiedad y libertad de empresa.

En efecto, *desde la perspectiva de la utilidad* del derecho, la facultad de urbanizar no parece que forme parte del contenido esencial del derecho de propiedad, en tanto excede del uso o utilidad del terreno para situarse en el plano de la obligación de servicio público. El uso o utilidad de un terreno urbanizable no es urbanizarlo, sino que su uso será el propio del suelo rústico (explotación de los recursos naturales) mientras no se transforme, y una vez transformado su uso será el propio de la utilidad residencial, comercial, industrial, etc., prevista en el planeamiento urbanístico.

Tampoco *desde una perspectiva histórica* puede afirmarse que exista una concepción social del derecho de propiedad inescindible de la facultad de urbanizar, ya que la integración de la facultad de urbanizar dentro del derecho de propiedad es relativamente reciente⁸⁷ y nunca llegó a existir un modelo puro de integración de la facultad de urbanizar en el derecho de propiedad del suelo, sino que se compatibilizaron sistemas marcadamente patrimonialistas con otros que presuponen la reserva de la iniciativa a favor de la Administración o de un tercero no propietario⁸⁸.

⁸⁷ Como se ha expuesto anteriormente, en la historia de nuestro derecho urbanístico predomina la consideración de la obra de urbanización como obra pública. Tanto en la legislación de reforma interior como en la LS56, en el TRLS 1976 o en la LS98, se prevé la posibilidad de la Administración de atribuir la ejecución de la urbanización a particulares no propietarios del suelo. *Vid.* Ángel MENÉNDEZ REXACH. “Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización”, *Cuadernos de Derecho Local*. Núm. 18, 2008, pp. 17-47, 20-26 y José Ramón PARADA, “La privatización del urbanismo español”, *Documentación Administrativa*, núm. 252-253, septiembre 1998 – abril 1999, pp. 105-147; 107.

⁸⁸ Así, son sistemas muy centrados en la integración de la facultad de urbanizar en el seno del derecho de propiedad los sistemas de compensación y de concierto. No así los sistemas de cooperación, o de

Por otra parte, las críticas basadas en la vulneración del derecho de asociación en su vertiente negativa pueden tener fundamento respecto de la articulación actual del sistema de compensación, pero ello no imposibilita toda articulación de la actividad de urbanizar en torno al derecho de propiedad. Al margen del propietario único de los terrenos o del sistema de concierto cabría, por ejemplo, la figura de la sustitución del propietario disidente⁸⁹.

A la misma conclusión hemos de llegar respecto del derecho de libertad de empresa, en primer lugar porque, tal y como afirmamos anteriormente, el derecho de libertad de empresa precisa del derecho de propiedad para su realización efectiva, siendo una realidad social omnipresente la exigencia de acceso previo a la propiedad como soporte del ejercicio de una actividad empresarial⁹⁰.

Al igual que afirmábamos respecto del derecho de propiedad, y con la salvedad de la LRAU, no ha existido anteriormente un modelo urbanístico basado exclusivamente en la libertad de empresa y, por otra parte, el modelo es demasiado reciente y localizado como para crear una percepción social del derecho que pudiere condicionar el alcance de su garantía institucional.

Menor resistencia oponen los argumentos según los cuales la sujeción del acceso a la actividad económica a previa habilitación administrativa implica una desnaturalización del núcleo esencial de la libertad de empresa. Ciertamente es que la reserva al sector público y posterior devolución al mercado previa habilitación implica una

expropiación forzosa (mediante concesión o por ejecución directa de la administración), que parten de una previa reserva de la actividad urbanizadora a favor de la administración. Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *op. cit.*, p. 24.

⁸⁹ De otra opinión es GARCÍA DE ENTERRÍA, quien defiende la constitucionalidad del sistema de compensación en tanto supone una intromisión en el derecho de propiedad muy inferior al que corresponde por la aplicación de un sistema de actuación directo, como el de expropiación. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, duodécima edición, p. 402.

⁹⁰ Cfr. Julio BURDIEL HERNÁNDEZ, "Propiedad funcionalizada y derecho subjetivo", en la obra colectiva *La carestía del suelo, causas y soluciones*. La Ley, Madrid, 2000, pp. 101-166, 130.

restricción del contenido del derecho, pero la libertad de empresa subsiste en tanto exista una apelación al mercado con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia⁹¹.

La sujeción a las reglas propias del derecho público no implica necesariamente la eliminación de la libertad de acceso al mercado, ya que esta libertad no se puede entender como acceso no regulado, sino como libertad de acceso en condiciones de igualdad en los términos fijados por las leyes⁹².

Y, en tanto la actividad urbanizadora no forma parte del núcleo esencial del derecho de libertad de empresa, el legislador podrá incorporar la iniciativa para el desarrollo de dicha actividad al contenido ordinario del derecho de propiedad inmobiliaria.

Desde una perspectiva exclusivamente constitucional, el problema no radica en la atribución legal de la capacidad de ejercicio de la actividad urbanizadora al propietario o al particular no propietario del suelo. Este aspecto queda relegado a una cuestión de legalidad ordinaria.

El estado actual de la cuestión pasa por reconocer un amplio margen al legislador para configurar un modelo urbanístico acorde con la realidad política y económica de cada tiempo, sin que la opción entre uno u otro de los modelos expuestos venga impuesto por condicionantes constitucionales relativos a la garantía institucional de los dos derechos conexos: libertad de empresa y derecho de propiedad⁹³.

⁹¹ En este sentido se pronuncian Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado...*, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

Vid. Luis ARROYO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 147-158. En estas páginas, el autor hace una didáctica exposición de las principales teorías formuladas sobre la compatibilidad entre la sujeción a título habilitante para el acceso a la actividad y respeto al núcleo esencial de la libertad de empresa.

⁹² Cfr. José María GIMENO FELIU, "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 149-211, 168.

⁹³ "Superada la confusión, se comprende que se trata sólo de decidir quién realizará o gestionará materialmente esta función, servicio u obra pública y que el legislador tiene a este respecto muchas posibilidades. Las grandes opciones que se presentan al legislador son

Por todo ello, la referencia constitucional del problema se centrará en validar las técnicas concretas en las que materialice cada sistema urbanístico y, particularmente, en comprobar la proporcionalidad de la reserva de servicios que efectúa el legislador a favor de la Administración en garantía del puntual cumplimiento de los objetivos públicos marcados por el artículo 47 CE.

IV. LA RESERVA A LA ADMINISTRACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA URBANIZACIÓN

1. Principio de proporcionalidad y reserva de servicios

Tal y como hemos visto, la reserva a la Administración de un sector de la actividad económica opera en un momento posterior a

tres según se atribuyan esas actuaciones materiales a la Administración o, como delegados o colaboradores de ésta, a los propietarios o a empresarios no propietarios. Habrá de decidir cuál es el mejor sistema, el más eficaz y eficiente para acometer este complejo tipo de obras públicas que son las urbanizaciones. La elección del legislador no está condicionada por el respeto a los derechos constitucionales de propiedad ni de libertad de empresa, cuyo contenido, evidentemente, no incluye la facultad de realizar una función pública. Si así lo permite la Ley, la urbanización la podrán realizar los propietarios o los empresarios como un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas o, si se prefiere, como un concesionario de servicio o de obra pública; y si la Ley no lo permite o la Administración opta por otra forma de realizar una urbanización, no se estará reduciendo el contenido de la propiedad ni de la libertad de empresa sino simplemente no sumándole una posibilidad de ejercer una función pública que no es parte de su contenido. También se comprende que si la urbanización se realiza por particulares o, más exactamente, con la colaboración de particulares (propietarios de los terrenos que haya que urbanizar o empresarios no propietarios), la Administración tendrá poderes para dirigir positivamente toda la actividad y no sólo un mero control negativo de una actividad privada.”, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO de ALBORNOZ y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, en Manuel REBOLLO PUIG (Coord.), *Derecho Urbanístico... op. cit.*, pp. 62-63.

Asimismo, Julio C. TEJEDOR BIELSA considera que no es posible establecer un modelo único, sino que debe tenderse hacia un marco flexible que posibilite tanto el urbanismo empresarial como el de propietario en función de las características del municipio y de la actuación. “Propiedad, urbanismo y estado autonómico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 148, enero-abril 1999, pp. 387- 433; 418.

la delimitación del contenido esencial de la libertad de empresa y, por lo tanto, la restringe.

La legitimidad de tal restricción procede del artículo 128.2 CE, que permite que la Ley reserve al sector público recursos o servicios esenciales. Así pues, el texto constitucional habilita una modalidad específica de restricción del derecho de libertad de empresa, si bien limita tal habilitación a los supuestos en los que exista un interés público de rango constitucional cuya satisfacción exija el establecimiento de un servicio.

En relación a la esencialidad del servicio, puntualiza MEILÁN GIL, “como expresión de lo que son las aspiraciones de la sociedad en un momento determinado, debe ser lógica y legítimamente apreciada por sus representantes, que constituyen el Parlamento, y cuya manifestación jurídica es la ley”⁹⁴.

Existe, por lo tanto, un mandato constitucional al poder legislador para la identificación de las aspiraciones de la ciudadanía así como para la elección de las acciones necesarias para su satisfacción. Ahora bien, dado que la reserva de servicios implica una restricción del espacio económico sobre el que se proyecta la libertad de empresa, el ámbito material de la reserva ha de ser el imprescindible para la consecución del fin público perseguido. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad es la medida a la que ha de acudir el legislador para verificar que la restricción pretendida sobre la libertad de empresa es la justa y debida⁹⁵.

La validación de la reserva con arreglo al principio de proporcionalidad se efectúa a través del denominado test de

⁹⁴ José Luis MEILÁN GIL, “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *Anuario da facultade de Dereito da UDC*, núm. 9, 2005, pp. 527-542; 532. En términos análogos, *vid.* ARIÑO ORTIZ, “El Estado empresario: Iniciativa pública y reservas al sector público”, en el libro colectivo *Comentario a la constitución socio-económica de España*, José Luis MONEREO PÉREZ, Cristóbal MOLINA NAVARRETE y María Nieves MORENO VIDA (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 441-466, 451.

⁹⁵ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y servicios de interés general...”, *op. cit.*, p. 67.

razonabilidad o de proporcionalidad en sentido amplio⁹⁶ y conlleva la aplicación de tres subprincipios⁹⁷:

- Subprincipio de *idoneidad*, que “excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o

⁹⁶ Cfr. Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALDE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997, p. 21; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, segunda edición, Iustel, Madrid, 2006, pp. 590-592.

⁹⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 junio, resume la jurisprudencia relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad en restricción del derecho de libertad de empresa en los siguientes y claros términos: “Este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar que no toda medida que incida en la libre circulación de bienes y personas por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 CE, sino que únicamente lo será cuando persiga la forma intencionada la finalidad de obstaculizar la circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente legítimo que persigue la norma adoptada (STC 37/1981, FJ 2). Asimismo hemos precisado que las regulaciones autonómicas que [...] prevengan la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico, introduciendo un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación es admisible con tal de que dentro del ámbito competencial respectivo "resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias... previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin" (STC 88/1986, FJ 6). Y en fin, desde sus primeras resoluciones (STC 26/1981, FJ 15) ha venido a decir que “no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor». En definitiva, «para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad [...], es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición, en cuanto medio ordenado para hacerlo posible» (STC 66/1991, de 22 de Marzo, FJ 2)”.

finés para los cuales ha sido adoptado”⁹⁸ y que en el presente caso pretende verificar que la reserva pretendida permite la realización de la actividad de ejecución de la urbanización.

- Subprincipio de *necesidad*, que exige que entre dos medios igualmente idóneos deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo para los intereses en liza⁹⁹.

- Subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, y que se expresa en la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro¹⁰⁰.

El primero de los subprincipios, el de *idoneidad*, no presenta mayor dificultad en el ámbito urbanístico.

En efecto, a pesar de su ubicación en el Capítulo III del Título I de la CE, el derecho a una vivienda digna se configura como un verdadero derecho de la persona¹⁰¹, íntimamente vinculado a la efectiva consecución de derechos tales como la dignidad o el libre desarrollo de la persona, en los que reside el auténtico fundamento del orden político y la paz social (art. 10 CE).

Hoy en día, la trascendencia social y democrática de la acción urbanística es universalmente reconocida. Son numerosos los textos internacionales que pretenden concienciar a los poderes públicos de la vital importancia de las políticas de ordenación del territorio para crear tejidos sociales sostenibles y respetuosos con los valores fundamentales del individuo¹⁰².

⁹⁸ Robert ALEXY, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, pp. 11-29; 13.

⁹⁹ Cfr. Robert ALEXY, *op. cit.* p. 14.

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ *Vid.* Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Ordenación urbanística sustantiva”, en el libro colectivo *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Editorial Reus, Madrid, 2008, p. 397-423, 398 y 399.

¹⁰² La Declaración de Vancouver sobre asentamientos humanos, la Declaración de Estambul sobre asentamientos humanos y los sucesivos programas Hábitat, la Carta Europea de Ordenación del Territorio, la Estrategia Territorial Europea, la Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano o el Tratado de

Del reconocimiento cultural de estos valores como universales y esenciales del individuo y de la colectividad se extrae la calificación de los servicios tendentes a su consecución como *servicios esenciales*, por alusión al artículo 128.2 CE, en tanto delimita objetivamente el ámbito de la reserva.

Desde esta perspectiva, los derechos de libertad de empresa o de propiedad privada no pueden sino ceder ante las acciones públicas imprescindibles para la consecución de estos valores superiores¹⁰³, máxime cuando la reserva que aquí nos ocupa, la acción urbanizadora, no forma parte del contenido esencial de estos derechos.

Por otra parte, el superior interés público derivado de la acción urbanística ha sido amparado tradicionalmente en nuestro derecho mediante sistemas que presuponen y han acreditado la idoneidad de tal reserva, como el sistema de cooperación e, incluso, el de expropiación, por lo que esta concreta ponderación no ha sido objeto de debate a tener en cuenta¹⁰⁴.

El segundo juicio de proporcionalidad se refiere a la *necesidad de la medida* -en el presente caso, de la reserva de la acción urbanizadora- para alcanzar el interés público perseguido.

Urbanización, son ejemplos de una incipiente conciencia global que vincula estrechamente el urbanismo con la efectiva consecución de los derechos fundamentales.

¹⁰³ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, *Reivindicación del urbanismo...*, *op. cit.*, p. 62 y “El agente urbanizador en el Derecho Urbanístico”, en el libro colectivo, *La carestía del suelo, causas y soluciones*. La Ley, Madrid, 2000, pp. 295-308, 301.

¹⁰⁴ Para un estudio de la esencialidad del servicio como concepto jurídico indeterminado sujeto a control del Tribunal Constitucional, *vid.* Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, Marcial Pons, 1993; José María GIMENO FELIU, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 149-211; María Yolanda FERNÁNDEZ GARCÍA, “El concepto jurídico indeterminado de ‘servicio esencial’ en la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 325-338.

Dicha necesidad ha de aparecer como razonable¹⁰⁵ en atención a las circunstancias socioeconómicas de cada momento, por lo que el juicio generalmente estará condicionado por los antecedentes normativos de la reserva.

En materia de suelo, las sucesivas acciones legislativas que dieron origen a los diferentes modelos urbanísticos se justificaron indistintamente en un proceso de encarecimiento de la vivienda¹⁰⁶.

¹⁰⁵ El empleo del principio de razonabilidad como elemento del juicio de proporcionalidad de la intervención es una constante en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Vid.* STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; STC 84/1993, de 8 de marzo, FJ 2; STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 10, etc.

¹⁰⁶ *Vid.* la Ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, exposición de motivos: “La especulación de suelo, que malogra toda ordenación urbana, sustrae prematuramente terrenos a la agricultura y, al exigir por los todavía no urbanizados precios de solar, coloca a los adquirentes en difíciles condiciones de contribuir a la obra urbanizadora”.

Vid. la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, apartado III de su exposición de motivos: “Esa elevación excesiva de los precios ha tenido como gravísimas consecuencias no sólo el encarecimiento de la vivienda en todas sus categorías y de los establecimientos industriales y de servicios sino, además, la indebida apropiación por los propietarios privados (...) La reforma que ahora se propone tiende a corregir a nivel legislativo las causas de la situación imputables al Ordenamiento jurídico en el contexto de las consideraciones anteriores.”

Vid. la Ley 8/1990, de 25 de junio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, apartado 1 de su exposición de motivos: “El fuerte incremento del precio del suelo, que excede de cualquier límite razonable en muchos lugares, y su repercusión en los precios finales de las viviendas y, en general, en los costes de implantación de las actividades económicas, es hoy motivo de seria preocupación para los poderes públicos (...) El respaldo que a esta actuación ofrece el ordenamiento jurídico vigente (básicamente, la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), se ha revelado insuficiente por la excesiva permisibilidad de que disfrutaban los propietarios del suelo...”

Vid. la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, apartado 1 de su exposición de motivos: “Las sucesivas reformas de nuestra legislación urbanística han ido incrementando la complejidad de este sector del ordenamiento jurídico al multiplicar, a veces innecesariamente, las intervenciones administrativas en las

La propuesta esbozada por cada nuevo texto normativo fundamenta su razonabilidad en el fracaso de la regulación anterior y se presenta como única reacción posible frente a la situación creada por la norma precedente. Es decir, la necesidad de la medida se concluye por descarte de las soluciones ya probadas.

En tanto el contraste entre la anterior y la nueva legislación no es un contraste respaldado por los efectos empíricos de ambas regulaciones, sino hipotéticos, el juicio de necesidad descansa, esencialmente, en un juicio de razonabilidad¹⁰⁷, de ahí que los límites del control constitucional sean realmente exiguos, dejando un amplio margen al legislador en el que dibujar su técnica de intervención.

Por ello, las principales discrepancias manifestadas con ocasión de la reserva de la acción urbanizadora se relegan al tercero de los juicios, el consistente en la aplicación del subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*.

distintas fases (...) La última de dichas reformas, llevada a cabo por la Ley 8/1990, de 25 de junio, y recogida en el texto refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio,... llevó esta línea de tendencia hasta sus últimas consecuencias y su fracaso, que hoy es imposible de ignorar, reclama una enérgica rectificación cuyo norte no puede ser otro que la búsqueda de una mayor flexibilidad...

Vid. la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, párrafo sexto de su exposición de motivos: “la clasificación ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo, incorporando expectativas de revalorización mucho antes de que se realizaran las operaciones necesarias para materializar las determinaciones urbanísticas de los poderes públicos y, por ende, ha fomentado también las prácticas especulativas, contra las que debemos luchar por imperativo constitucional.

En segundo lugar, esta Ley abandona el sesgo con el que, hasta ahora, el legislador estatal venía abordando el estatuto de los derechos subjetivos afectados por el urbanismo. Este reduccionismo es otra de las peculiaridades....”

¹⁰⁷ Cfr. José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 133. En términos análogos, Luciano PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7 2004, pp. 51-68, 60.

Éste pretende verificar que la intervención propuesta no restringe innecesariamente los derechos e intereses jurídicos afectados. Es decir, que las posibles intervenciones idóneas y necesarias para la consecución del fin no restringen de forma intolerable los restantes derechos e intereses en juego¹⁰⁸.

A diferencia de los subprincipios de idoneidad y necesidad, que versan sobre la optimización relativa a las posibilidades fácticas, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto versa sobre la ponderación de las posibilidades jurídicas¹⁰⁹, esto es, sobre el grado de afectación de los derechos constitucionales en juego (propiedad y libertad de empresa).

En consonancia con la doble vertiente del derecho de libertad de empresa, derecho individual e institución, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto tendría una doble proyección:

- Una primera, en la que se ponderaría el grado de incidencia de la medida sobre el derecho de libertad de empresa en su vertiente subjetiva, y que analizaría la incidencia de la técnica administrativa propuesta sobre los distintos grados y formas que puede asumir la libertad de empresa como expresión de la libertad individual.

- Una segunda, en la que se evaluaría la proporcionalidad de la intervención sobre la vertiente institucional del derecho. Este juicio es imprescindible desde el mismo momento en el que las Comunidades Autónomas han asumido competencias legislativas en el concreto sector de actividad regulado, en este caso, el urbanismo.

En efecto, en la medida en la que el legislador estatal configura muy ampliamente el marco general definidor de la situación básica de igualdad de todos los españoles ante la acción urbanística, se está ampliando sustancialmente el espacio normativo autonómico, de forma tal que, en principio, las diferentes legislaciones autonómicas podrían establecer modelos urbanísticos muy divergentes entre sí.

¹⁰⁸ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y servicios de interés general...”, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

¹⁰⁹ Cfr. Robert ALEXANDER, *op. cit.* p. 15.

En la configuración de cada modelo urbanístico autonómico debe tomarse como referencia la existencia de un mercado único nacional. Ello es de especial importancia, ya que la competencia urbanística habilita a las Comunidades Autónomas para articular una u otra técnica urbanística, pero sin quebrantar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de las actividades económicas de transformación del suelo por los particulares.

De perderse de vista esta referencia -el mercado nacional de los servicios vinculados con la acción urbanizadora- se arriesgaría uno de los elementos vertebradores del Estado: la unidad de mercado como expresión de la unidad de la Nación española¹¹⁰.

Como recuerda el Tribunal Constitucional:

“Unidad que no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación, en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles”¹¹¹.

Del párrafo transcrito se deduce que el grado de divergencia normativa alcanzado entre las diferentes Comunidades Autónomas -y, correlativamente, el grado de desigualdad entre los territorios del Estado- ha de ser el mínimo imprescindible para la

¹¹⁰ *Vid.* STC 37/1981, de 16 de noviembre; STC 1/1982, de 28 de enero; STC 71/1982, de 30 de noviembre o STC 88/1986, de 1 de julio.

¹¹¹ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6.

consecución del interés público en atención a las circunstancias socioeconómicas propias de cada comunidad¹¹².

Y es aquí donde vuelve a manifestarse el principio de proporcionalidad como canon de enjuiciamiento de la incidencia de las técnicas urbanísticas territorialmente limitadas sobre la vertiente institucional del derecho de libertad de empresa en su manifestación específica de mercado nacional¹¹³.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos si la reserva operada por la Ley 8/2007, de Suelo, actualmente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, supera el juicio de constitucionalidad tal y como ha sido esbozado.

2. Análisis de la proporcionalidad de la reserva contenida en el TRLS 2008

La reserva de la actividad urbanizadora a favor de la Administración operada por el TRLS 2008 se contiene en su artículo 6, que literalmente dice:

“La legislación sobre ordenación territorial y urbanística regulará:

a. El derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente. La habilitación a particulares, para el desarrollo de esta actividad deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, en las condiciones dispuestas

¹¹² Cfr. José María GIMENO FELIU, “Sistema económico ...”, *op. cit.*, p. 191.

¹¹³ Cfr. José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Derecho Público....*, *op. cit.*, pp. 111 y 112. Recuerda el autor que la homogeneización de los mercados nacionales a través de las Directivas deben conducir a una superación de la visión nacionalista del mercado, por lo que el mercado referencia en la articulación del concreto modelo urbanístico debe ser el comunitario.

por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo”.

Este artículo dota de fuerza normativa a la declaración contenida en la exposición de motivos del TRLS 2008 y según la cual “la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados”, y presupone la detracción de la actividad de ejecución de la urbanización de la esfera de la libertad de empresa y su reubicación en la actividad administrativa prestacional.

En primer lugar puede afirmarse, tal y como adelantamos anteriormente, que la *idoneidad* de la intervención se encuentra sobradamente justificada, en tanto que los derechos e intereses de relevancia constitucional cuya protección y realización se pretenden son, en última instancia, fundamento del orden político y paz social. Por otra parte, nuestra tradición jurídica constata la aptitud de la reserva para la consecución de la finalidad pública perseguida: la creación de suelo.

En lo que respecta a la *necesidad* de la reserva de la actividad de ejecución de la urbanización, tal necesidad se ha acreditado empíricamente. La experiencia acumulada por la LRAU¹¹⁴

¹¹⁴ Cfr. Gerardo ROGER FERNÁNDEZ, “La producción de ciudad en el sistema urbanístico”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002, pp. 257-287, 277.

Por otra parte, los resultados derivados de la concepción de urbanismo como obra privada aconseja detraer la acción urbanizadora de la propiedad y ubicarla en la libertad de empresa. Cfr. José Ramón PARADA, “La privatización del urbanismo español (Reflexión de urgencia ante la Ley 6/1998 de Régimen de Suelo y Valoraciones)”, *Documentación Administrativa*, núm. 252-253, septiembre 1998 - abril 1999, pp. 105-146; 125. En términos análogos *Vid.* Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “Tres atentados al mercado del suelo”, en la obra colectiva *La carestía del suelo, causas y soluciones*. La Ley, Madrid, 2000.

De opinión contraria es Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quien duda de la constitucionalidad de la “nacionalización” del derecho a urbanizar, dado que, a su juicio, los mismos objetivos podrían alcanzarse a través de una correcta aplicación de los mecanismos de sustitución de la iniciativa del propietario previstos en el TRLS 1976, “La nueva Ley 8/2007...”, *op. cit.*, p. 67. En esta línea, *Vid.* María Astrid MUÑOZ GUIJOSA, *op. cit.*, pp. 425 y ss.

evidencia una explosión de la actividad urbanizadora cuando la iniciativa se detrae de la propiedad del suelo para entregarla a la empresa, sea o no propietaria. Cuestión distinta es la relativa a los nefastos efectos sobre la ordenación territorial de la articulación concreta de la figura del agente urbanizador con las técnicas de liberalización del uso del suelo¹¹⁵.

Por último, la *proporcionalidad en sentido estricto* de la reserva exige tomar en consideración la incidencia de la medida sobre el derecho de libertad de empresa en su vertiente subjetiva y en su vertiente institucional.

Desde la *vertiente individual del derecho*, tal y como expusimos en páginas anteriores, el resultado de la ponderación dependerá de la inclusión de la actividad urbanizadora dentro del derecho de propiedad o de la libertad de empresa.

Si aceptamos que la actividad urbanizadora no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad y que, por otra parte, su atribución al propietario del suelo tampoco vulneraría el derecho de libertad de empresa –haciendo abstracción de las exigencias derivadas del derecho comunitario– llegamos al punto de concluir que, desde la perspectiva de la garantía institucional de ambos derechos, el texto constitucional es, en principio, neutro a una u otra opción legislativa.

Una vez validada la posibilidad de detraer la actividad urbanizadora de la propiedad del suelo, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto pretende determinar los caracteres y amplitud de la reserva¹¹⁶.

¹¹⁵ Particularmente, con las técnicas de liberalización del suelo promovidas en el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, *Remedios Políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, que proponía la creación de competencia entre usos del suelo y que cristalizaron en la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales.

¹¹⁶ “La reserva puede afectar a la titularidad y a la explotación o sólo a aquélla, de forma que la utilización o explotación del recurso se confíe a otros sujetos jurídicos de acuerdo con las técnicas instrumentales conocidas (...). La reserva asimismo puede ser global, es decir, referirse a un sector económico completo o, por el contrario, afectar, si ello es técnicamente posible, sólo a una o varias fases de un determinado

Es obvio que una solución legislativa que contemple la posibilidad de la Administración de devolver la actividad al mercado previa habilitación otorgada en concurrencia competitiva es más respetuosa con la libertad de empresa que aquella otra que prevea la reserva y ejercicio exclusivo de la actividad urbanizadora por la Administración. Y, desde luego, la devolución al mercado en pública concurrencia de la actividad reservada es mucho más respetuosa con la libertad de empresa que aquella otra opción que restringe a una categoría de sujetos (los propietarios del suelo) el ejercicio de la actividad propia de todo un sector económico.

Y es que la “reserva a la propiedad de la iniciativa de la urbanización en determinados casos” se concibe por el TRLS 2008 como una verdadera reserva de servicios, no como la tradicional integración de la facultad de urbanizar en el haz de facultades del derecho de propiedad¹¹⁷. El tenor de la exposición de motivos es tajante cuando asegura que la “urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados, y que suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógica como físicamente de los límites propios de la propiedad”.

De ello se detrae que, previa reserva del servicio “urbanización”, éste se devuelve a la iniciativa privada, pero no a la totalidad de los sujetos titulares de la libertad de empresa, sino a una categoría identificada *propter rem* y no como parte integrante del derecho sobre la cosa, sino como verdadera concesión de servicio público.

De esta forma, el legislador estaría otorgando a esta categoría de personas –propietarios- un derecho exclusivo de desarrollo de una actividad económica previamente reservada y al margen de todo procedimiento de pública concurrencia.

La técnica de la reserva de la actividad de urbanización a la

proceso productivo o de una actividad o servicio”. Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2004, p. 40.

¹¹⁷ Cfr. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “El Derecho de Propiedad sobre el suelo en su nueva ley estatal”, en el libro colectivo *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma, Urbanismo y Vivienda*, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp. 509-539,534.

propiedad evoca a la antigua excepción licitatoria de la LS56 que, al igual que ahora, partía de la consideración de la obra urbanizadora como obra pública y de la necesidad de su licitación. No obstante, el ilimitado albedrío con el que contaba el legislador de antaño no existe hoy en día, en el que el poder legislativo está fragmentado en numerosas cámaras y la función legislativa sujeta al control de constitucionalidad.

Por otra parte, es necesario advertir que el estado de la cuestión no es equivalente al generado por la legislación precedente (TRLS 1976 o LS 1998) -con independencia de que se busquen efectos análogos-, ya que en la legislación anterior la acción urbanizadora pertenecía al derecho de propiedad, no se concedía. De ahí que no existiese propiamente una situación de desigualdad en el ejercicio de la libre empresa.

Por ello, cuando la exposición de motivos del TRLS 2008 afirma que “esta ley persigue el progreso pero no la ruptura”, lo que realmente está haciendo es despachar con esta inexacta afirmación la motivación mínima exigida por los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹¹⁸. Realmente existe una ruptura en la configuración del derecho de propiedad¹¹⁹, por lo que la reserva en determinados casos del servicio a los propietarios (no a la propiedad) exigiría un plus de motivación, una específica ponderación de los intereses constitucionales en juego¹²⁰.

Claro está que la legislación estatal únicamente fija el marco normativo de referencia para el legislador autonómico, por lo que la mayor carga de razonabilidad incumbe a este último, pero ello no le exonera de una mínima justificación de la solución adoptada.

¹¹⁸ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁹ Afirma Santiago GONZÁLEZ-VARAS que con la LRSV/1998, se produjo un avance en el desplazamiento de la gestión urbanística desde el derecho de propiedad hacia el derecho de libertad de empresa, si bien en ésta ley todavía se parte del derecho del propietario a realizar el proceso urbanizador. Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Urbanismo y Ordenación del territorio*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 595. Asimismo, Jesús Ernesto PECES MORATE descarta que el nuevo texto implique una ruptura radical con el sistema anterior. “La transformación urbanística del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo: sujetos, procedimiento y garantías”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2007, pp. 69-94; 75.

¹²⁰ Cfr. Jesús Ernesto PECES MORATE, *op. cit.*, p. 74.

Desde la *vertiente institucional del derecho* de libertad de empresa, el análisis debería centrarse en determinar cuáles son los límites que el principio de proporcionalidad y la unidad de mercado imponen a la expresión “peculiaridades o excepciones que ésta” –la legislación autonómica- “prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo” (art. 6.a).

Peculiaridades o excepciones que, a tenor de la exposición de motivos de la Ley, permiten que el legislador urbanístico siga “reservando a la propiedad la iniciativa de la urbanización en determinados casos de acuerdo con esta Ley”.

Esta reserva a la propiedad, en tanto debe justificarse en la existencia de peculiaridades o excepciones, debe ser, y valga la redundancia, excepcional, ya que se aparta del sistema general de ejercicio de la iniciativa económica en régimen de libre concurrencia en el seno de un mercado público.

El respeto de esta excepcionalidad está íntimamente vinculado con el respeto de la unidad del mercado nacional antes aludida y, a la postre, con el respeto del principio de proporcionalidad. Y es que “esa regulación - ha dicho el Tribunal Constitucional- en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, debe resultar proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles”¹²¹.

Una regulación autonómica que parta de la aplicación extensiva de la habilitación normativa contenida en el artículo 6 del TRLS 2008 podría resultar inconstitucional en la medida que introdujese innecesariamente divergencias territoriales en la situación jurídica fundamental de los operadores respecto de un mismo sector económico¹²².

¹²¹ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6.

¹²² Este riesgo ya fue entrevisto con ocasión de la STC 61/1997, de 20 de marzo. Entre otros, *Vid.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “El Derecho Urbanístico español al comenzar el Siglo XXI”, en la obra colectiva *La carestía del suelo, causas y soluciones*. La Ley, Madrid, 2000, pp. 87-99, 90, o Jesús GONZÁLEZ PÉREZ “Tres atentados al mercado del suelo”, en la obra colectiva *La carestía del suelo, causas y soluciones*. La Ley, Madrid, 2000, pp. 167-193, 169.

Advertimos la existencia de un límite constitucional al aparente libertinaje autonómico que insinúa la redacción del artículo 6.a del TRLS 2008 y que excita su preámbulo. Y ese límite viene dado de la necesaria proporcionalidad en la reserva, tanto por lo que atañe a su incidencia sobre los restantes titulares del derecho de libertad de empresa, como por su trascendencia en la salvaguarda de una suficiente unidad de mercado y, por ende, de la Nación española.

De ahí que el legislador autonómico deba acotar el ámbito de aplicación de las peculiaridades o excepciones a supuestos muy concretos y justificados y, tal y como defenderemos en páginas siguientes, limitando la reserva de iniciativa a su mera articulación como acto inserto en un procedimiento público; esto es, como modalidad de participación pública y no como la reserva de un sector económico de actividad¹²³.

¹²³ Cfr. José María BAÑO LEÓN. *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 68-69.

PRIMERA PARTE
**LIBERTAD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE
URBANIZACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO**

CAPÍTULO I
**LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA
URBANIZACIÓN COMO SERVICIO ECONÓMICO DE
INTERÉS GENERAL**

**I. LA APARENTE NEUTRALIDAD DEL DERECHO
COMUNITARIO**

La neutralidad del derecho constitucional económico o “Constitución económica”¹²⁴ ha sido y es objeto de opiniones dispares, si bien hoy en día se acepta mayoritariamente que la Constitución configura un determinado modelo económico que, en contraposición a los modelos de economía de mercado y economía planificada, se viene denominando sistema de economía mixta¹²⁵.

La proclamación del Estado español como Estado social y democrático de derecho, el reconocimiento de los derechos de propiedad y de libertad de empresa y la apelación a la economía de mercado marcan indudablemente una senda o modelo de la economía en la que han de moverse los poderes constituidos. Pero la fijación de un modelo económico no significa la preferencia constitucional por una u otra política económica, cuya concreción corresponde al desarrollo normal de la vida democrática de la Nación.

¹²⁴ Vid. Luis COSCULLUELA MONTANER y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho Público Económico*, Iustel, Madrid, 2007, p. 33; Julio BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 57 y ss.

¹²⁵ Cfr. José María GIMENO FELIU, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 149-211, 152-160.

Tal y como expusimos anteriormente, los elementos delimitadores del modelo económico no son inamovibles. Particularmente, la delimitación entre los derechos de propiedad y libertad de empresa y la definición de estos derechos de acuerdo con el interés social están sujetos a la evolución propia de los valores y sensibilidades sociales¹²⁶. La incorporación al ordenamiento jurídico de estos valores y sensibilidades corresponde a las diferentes autoridades reguladoras nacionales, quienes actúan en una suerte de “vinculación negativa” al texto constitucional¹²⁷.

No obstante, la incorporación del Reino de España a Comunidad Económica Europea ha desplazado hacia la esfera comunitaria las más decisivas competencias en materia económica, que se traducen en el dictado de multitud de actos normativos (reglamentos, directivas) que, en virtud del artículo 93 CE y de acuerdo con una consolidada jurisprudencia comunitaria y constitucional, gozan de primacía sobre el ordenamiento jurídico interno¹²⁸. Basta examinar algunas normas de Derecho comunitario (criterios de convergencia establecidos en el Tratado de Maastricht, Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, reglamentos relativos al pacto de estabilidad, normas de ayudas de Estado y derecho de competencia) para advertir que las opciones de las autoridades nacionales en materia de política económica son realmente reducidas¹²⁹. Por ello, el ámbito de autonomía política de los poderes constituidos estatales y autonómicos para la definición del contenido económico constitucional se restringe notablemente con la interiorización del derecho comunitario¹³⁰.

¹²⁶ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y servicios de interés general...”, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁷ Cfr. Luis María DIEZ-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 182.

¹²⁸ *Vid.* Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

¹²⁹ Cfr. Julio BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 138.

¹³⁰ Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones de Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 46 y 47 e Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, “Derecho económico de la unión europea (Constitución Económica Europea)”, en el libro colectivo *Comentario a la constitución socio-económica de España*, José Luis MONEREO PÉREZ,

En el caso de las Comunidades autónomas la situación se agrava todavía más, ya que, si bien es cierto que la interiorización del derecho comunitario no afecta a la distribución constitucional de competencias -principio de autonomía institucional¹³¹⁻, también lo es que carecen de una capacidad de influencia adecuada en la definición de las políticas comunitarias sobre las que ostentan competencias estatutarias.

Esta doble circunstancia, asegura FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “se traduce en un desapoderamiento imprevisible y silencioso de las entidades infraestatales, especialmente insoportable para éstas en la medida en que carecen de presencia institucional en las instituciones en las que se producen las decisiones”¹³².

Pero este desapoderamiento no es homogéneo en todas las actividades sujetas al Tratado, sino que dependerá de la atribución o no a las instituciones comunitarias de competencias de armonización, ya que el margen de discrecionalidad para la regulación de un servicio no armonizado es muy superior al existente en la transposición de la regulación de un servicio económico de interés general (en adelante, SEIG) sujeto a regulación armonizada¹³³.

Centrándonos en el ámbito urbanístico, la realidad normativa comunitaria restringe la libertad constitucional de los legisladores estatal y autonómicos para configurar, respectivamente, el régimen jurídico del suelo y del urbanismo, pudiendo decirse que, a la luz del derecho comunitario europeo, no

Cristóbal MOLINA NAVARRETE y María Nieves MORENO VIDA (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 27-88, 49 y 50.

¹³¹ Cfr. Luis María DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 190-194 y “¿Qué significa ser Estado dentro de la Unión Europea?”, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA (Dir.) y Ricardo ALONSO GARCÍA (Subdir.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 267-284, 270.

¹³² Cfr. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA (Dir.) y Ricardo ALONSO GARCÍA (Subdir.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 103-110, 103.

¹³³ Cfr. José Carlos LAGUNA PAZ, *Servicios de interés económico general*, Civitas, Navarra, 2009, p. 215.

existe una verdadera opción entre un modelo urbanístico patrimonialista y otro basado en la libertad de empresa, desde el mismo momento en que la jurisprudencia comunitaria impone la licitación pública para la ejecución de toda obra de urbanización en base a su consideración como servicio sujeto a regulación armonizada¹³⁴.

La consagración como derecho fundamental del Tratado CE de la libertad de circulación de servicios, la complejidad del régimen de atribución competencial a la UE y la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional derivan en esta realidad jurídico-urbanística inopinada y, tal vez como asegura FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no buscada¹³⁵.

Por ello, concluye este autor, la irrupción de las exigencias del mercado interior respecto de la libertad de prestación de servicios “nos sitúa, sin quererlo, en el comienzo de una larga batalla, muy semejante a la librada estos últimos años hasta encontrar un punto de equilibrio entre el concepto tradicional de servicio público y las exigencias del mercado”¹³⁶.

Estas palabras nos marcan el punto de partida con la vista puesta en los conceptos propios del derecho comunitario de servicio ordinario y servicio económico de interés general.

¹³⁴ Cfr. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la necesaria elevación del rango...”, *op. cit.*, P. 109.

¹³⁵ Expresa esa misma inquietud el Abogado General Niilo Jääskinen, en las conclusiones presentadas el 16 de septiembre de 2010 en el asunto C-306/08, con las siguientes palabras: “75. La noción de contrato público de obras es un concepto autónomo y objetivo del Derecho de la UE. No obstante, a mi parecer, el Tribunal de Justicia debe hacer uso de una cierta moderación si la interpretación de un concepto de Derecho de la UE parece conducir en la práctica a que un instrumento de Derecho nacional pierda su *raison d'être* o a que un acto legislativo detallado de la UE resulte aplicable a fenómenos en los que no pensó el legislador de la UE durante el procedimiento legislativo”.

¹³⁶ Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto “proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español. *Documentación Administrativa*, nº 261-261, septiembre 2001–abril 2002, pp. 11-26,19.

II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE SERVICIO

El peso específico de los servicios en la economía de la Unión Europea es abrumador, representando un 70% del PIB y de los puestos de trabajo del espacio comunitario¹³⁷. Por ello, y desde el mismo momento en el que se concibe la economía como la argamasa del proyecto de construcción europea, la libertad de circulación de servicios ocupa un puesto fundamental en la arquitectura del Derecho comunitario¹³⁸.

Herederero de este primigenio espíritu fundacional, el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea garantiza la libertad de circulación de servicios en su artículo 26 (antiguo artículo 14 TCE) en tanto presupuesto de la existencia de un mercado interior europeo. Correlativamente, el artículo 56 prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. Este artículo va más allá de prohibir la discriminación entre nacionales de los Estados miembros, proyectándose tal prohibición sobre las medidas de carácter injustificado o desproporcionado, incluso si también son aplicables a los servicios prestados por nacionales del Estado en el que se realiza la prestación¹³⁹.

Así pues, en el concepto *servicio* descansa todo un entramado normativo comunitario regulador de la libertad e igualdad del individuo en el espacio común europeo¹⁴⁰.

El concepto comunitario de servicio se recoge en el artículo 57 (antiguo artículo 50 TCE), que lo define como las *prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas*.

¹³⁷ Considerando 4. Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

¹³⁸ Cfr. Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

¹³⁹ Cfr. Fernando DÍEZ MORENO, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Civitas, quinta edición, Navarra, 2009, p. 573 y 574.

¹⁴⁰ Sobre el concepto comunitario de servicio, *vid.* Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

La terminología utilizada en este artículo es imprecisa, ya que realmente se está refiriendo a los servicios económicos¹⁴¹, si bien, dado el carácter expansivo de las políticas comunitarias, éstas se proyectan hoy en día, y cada vez con mayor fuerza, sobre los servicios no económicos¹⁴².

De esta definición se extrae un primer elemento del concepto de servicio: *el carácter económico de la actividad*. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia comunitaria “constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”¹⁴³. De ahí que las actividades no remuneradas o que carezcan de contenido económico no se incardinan dentro del concepto comunitario de servicio económico o de mercado.

A pesar de la aparente sencillez en la diferencia entre servicios económicos y no económicos, en la realidad la diferenciación entre unos y otros servicios genera incertidumbres, no existiendo criterios determinantes de tal diferenciación sino, a lo más, indicios de la naturaleza económica de la actividad que han de ser apreciados casuísticamente¹⁴⁴.

Pero aún en el supuesto de que se trate de actividades económicas o remuneradas, las actividades del Estado

¹⁴¹ Cfr. José Luis MEILÁN GIL, “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, pp. 527-542; 538; Luciano PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y servicios de interés general...”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴² Para una definición comunitaria de servicios, *vid.* Anexo II de la Comunicación de la Comisión *Los servicios de interés general en Europa*, (2001/C 17/04).

¹⁴³ Por todas, *vid.* STJUE de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96.

¹⁴⁴ La jurisprudencia vertida al respecto es muy extensa. Por todas *vid.*: STUE *Van Landewyck*, 209/78 a 215/78 y 218/78; de 16 de noviembre de 1995, *FFSA y otros*, C-244/94; de 18 de marzo de 1997, *Diego Cali*, C-343/95; de 18 de junio de 1998, *Comisión c. Italia*, C-35/96; de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros*, asuntos acumulados C-180-184/98 o de 1 de julio de 2008, *MOTOE*, C-49/07.

La Comunicación de la Comisión *Los servicios de interés general en Europa*, (2001/C 17/04) sintetiza las conclusiones de este cuerpo jurisprudencial, marginales 28 a 30. Asimismo, COM(2007) 725 final, apartado 2.1

relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el *ejercicio del poder público*, quedarían al margen del ámbito de aplicación del Capítulo 3 del Título IV del Tratado, relativo a la libertad de prestación de servicios¹⁴⁵.

Otra característica resultante de la definición de servicios contenida en el artículo 56 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea es la de su *carácter residual* con respecto a las restantes actividades económicas previstas en el Tratado. Carácter residual que se complementa con una relación de actividades que en todo caso serán calificadas como servicios: las actividades industriales, mercantiles, artesanales y el ejercicio de profesiones liberales.

III. LA URBANIZACIÓN COMO SERVICIO ECONÓMICO

1. Introducción

En lo que aquí nos ocupa, la subsunción de la *actividad de ejecución material* de la obra urbanizadora como servicio económico no plantea duda alguna, en la medida en que se trata de una actividad remunerada no susceptible de ser calificada como actividad de intercambio de mercancías o de circulación de capitales o personas.

Por ello, no es discutido que la contratación de la ejecución de las obras de urbanización por las Administraciones Públicas o por los particulares se sujeta al derecho comunitario de competencia y de libertad de circulación.

En el supuesto de que la ejecución de las obras se contrate por las Administraciones públicas sería de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que transpone al ordenamiento interno la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y de suministro y de servicios.

En el supuesto de que la ejecución de las obras se contrate por particulares serían de aplicación los preceptos del tratado

¹⁴⁵ Artículo 62 en relación con el artículo 51 Tratado CE en su versión consolidada.

relativos a la competencia y, en determinados supuestos, a la libertad de circulación. Esta última afirmación debe matizarse en la medida en la que implica el reconocimiento del *efecto directo horizontal* de los preceptos de Tratado relativos a la libertad de prestación de servicios¹⁴⁶. La sujeción directa de los particulares a las normas de libre circulación contenidas en el Tratado no es pacíficamente admitida por la doctrina, si bien se reconoce mayoritariamente la posibilidad de que el derecho derivado prevea tal sujeción en supuestos justificados por la finalidad de la armonización¹⁴⁷.

Con independencia de la problemática implícita en el reconocimiento del efecto directo horizontal de ciertos aspectos del derecho comunitario en el campo urbanístico, el principal problema aquí planteado se circunscribe a la subsunción de la actividad de *promoción de la urbanización* dentro del concepto de servicio económico.

En efecto, la actividad de promoción, en cuanto excede de la mera actividad de ejecución material de las obras de urbanización para incorporar determinadas prestaciones tradicionalmente relacionadas con el *ejercicio de poder público* (formulación de los proyectos de urbanización, equidistribución...) ha dado lugar a opiniones doctrinales encontradas sobre su calificación como servicio económico sujeto a los preceptos de derecho comunitario reguladores de la libertad de circulación de servicios y libertad de establecimiento.

De acuerdo con esta opinión, la regulación de la actividad de promoción de la urbanización da origen a una serie de técnicas administrativas en las que se entremezclan inextricablemente la regulación del derecho de propiedad, el ejercicio de poder público y la ejecución material de obras de urbanización.

¹⁴⁶ El efecto directo horizontal entre particulares de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de circulación de servicios ha sido refrendado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas ocasiones. Por todas, véanse las sentencias de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, 43-75; de 14 de julio de 1976, *Donà*, 13/76; de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93 o de 6 de junio de 2000, *Angonese*, C-281/98.

¹⁴⁷ Cfr. Julio BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 183-212.

La ausencia del carácter sinalagmático de la relación entre la Administración y el urbanizador, la fuente convencional, no contractual, de dicha relación o la integración de la actuación urbanizadora dentro del estatuto del derecho de propiedad, han sido los argumentos esgrimidos para negar el contraste de esta concreta técnica legislativa con el Derecho comunitario¹⁴⁸. De ahí el rechazo de aquellas propuestas –como la contenida en la Sentencia asunto *proyecto Scala 2001*- que pretenden sujetar la relación entre la Administración y el urbanizador a la normativa pública de libertad de circulación. Esta íntima vinculación entre el ejercicio de poder público y la conformación del derecho de propiedad justificaría la inaplicación de los preceptos comunitarios de libertad de circulación a las regulaciones nacionales de las técnicas en las que la gestión urbanística se encomienda a particulares¹⁴⁹.

La superación de tal planteamiento obliga a resolver las siguientes cuestiones previas:

- La posible autonomía de las acciones en las que se desgrana la acción de promoción urbanizadora.

- La existencia o inexistencia de una relación inescindible, aún ocasional, de la acción de promoción urbanizadora con el ejercicio de poder público.

- La hipotética integración de la actividad de urbanizar en el estatuto del derecho de propiedad y sus consecuencias en relación al artículo 345 Tratado CE.

¹⁴⁸ Cfr. Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística”, *Documentación Administrativa*, nº 261-261, septiembre 2001–abril 2002, pp. 231-255; 246-248.

¹⁴⁹ Artículo 345 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea en su versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (antiguo artículo 295 TCE): “*Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*”.

2. La autonomía de las acciones en las que se desgrana la acción de promoción urbanizadora. Participación *ute cives* vs. participación *ute gestor*

Como se expuso anteriormente, en las primeras reacciones doctrinales a la Sentencia *Ordine degli architetti*¹⁵⁰ y al auto de 15 de octubre de 2001, de la sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia, se pretendió justificar la inaplicación de la nueva doctrina jurisprudencial al agente urbanizador sobre la base del carácter inescindible del conjunto de prestaciones y funciones atribuidas a dicho agente. En aquel momento se afirmó que la ejecución material de las obras de urbanización tenía un carácter complementario del cometido jurídico principal del agente urbanizador tal y como se definía en la LRAU.

De ahí que, frente a la tendencia judicial por aquel entonces incipiente de sujetar la actividad de promoción urbanística a la normativa de contratación pública, PAREJO ALFONSO advierta que “la equiparación entre función pública urbanística (incluso bajo la forma estricta de actividad de ejecución de actuaciones integradas) y urbanización *representa una reducción indebida de la primera, que la desnaturaliza hasta hacerla jurídicamente irreconocible en los términos de su configuración legal*”¹⁵¹.

La ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (en adelante LUV) ha modificado el estado de la cuestión, distinguiendo entre urbanizador y empresario constructor e imposibilitando la confusión de ambos estatutos jurídicos:

- El urbanizador, dice el artículo 119, “es el agente público responsable del desarrollo y ejecución de las actuaciones urbanísticas señaladas en la presente Ley, que comprenderán en todo caso la de *redactar los documentos técnicos* que se establezcan en las bases, *proponer y gestionar el correspondiente proyecto de reparcelación y contratar al empresario constructor* encargado de la ejecución del proyecto de urbanización, en los

¹⁵⁰ STUE, de 12 de julio de 2001, *Ordine degli architetti*, C-399/1998.

¹⁵¹ Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del “urbanizador” en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”, *Documentación Administrativa*, nº 261-261, septiembre 2001–abril 2002, pp. 69-108;98 y 99.

supuestos y conforme a las condiciones establecidas en esta Ley. El urbanizador está obligado a *financiar* el coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del programa, que deberá ser garantizado en forma y proporción suficientes, pudiendo repercutir dicho coste en la propiedad de los solares resultantes”.

- Por su parte, el empresario constructor tiene como cometido la ejecución material de las obras de urbanización, remitiéndose la LUV a la legislación básica de contratos públicos para su selección.

No obstante, esta diferenciación únicamente aclara el estatuto jurídico del empresario constructor, pero no hace lo mismo respecto del urbanizador, sobre el que subsisten numerosos interrogantes¹⁵².

De la lectura de la relación de las obligaciones del urbanizador, se observa que prestaciones tales como redactar documentos técnicos, gestionar la reparcelación, contratar al empresario constructor o financiar las obras de urbanización son prestaciones propias del contrato típico de servicios¹⁵³.

Ello es fácilmente visible en el sistema de cooperación¹⁵⁴, en el que cada uno de los contratos perfeccionados por la Administración para la redacción del proyecto de urbanización o reparcelación o los perfeccionados para su gestión (habituales, éstos últimos, con despachos de profesionales del derecho)

¹⁵² La confusión existente sobre la naturaleza jurídica del promotor en su versión concreta de la LUV 2005, alcanza, incluso, a la Comisión Europea, que llega a dudar si se trata de un contrato de obras o de concesión de obras públicas. Cfr. Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Urbanismo y Ordenación del Territorio*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 665 y José María GIMENO FELIU, “El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007, pp. 63-100, 79-81.

¹⁵³ En relación a la figura del agente urbanizador recogido en la LRAU, *Vid. Agustín DE ASÍS ROIG*, “Caracterización de la función de urbanización”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-261, septiembre 2001-abril 2002, pp. 165-230; 207.

¹⁵⁴ Cfr. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, “Gestión del planeamiento y contratos administrativos”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-261, septiembre 2001-abril 2002, pp. 27-67; 47.

encuentran una tipificación clara en el contrato administrativo de servicios y no trasladan el ejercicio de funciones públicas.

Esta es la posición mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*¹⁵⁵, en el que las actuaciones *para llevar a cabo un proyecto urbanístico* en su conjunto, tales como *la preparación del proyecto, la gestión administrativa y jurídica, la adquisición de terrenos mediante expropiación y la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos*, son calificados por el Tribunal como actuaciones propias de un contrato de servicios, por lo que, al concurrir en el objeto del contrato con la ejecución de obras de urbanización y edificación, aplica el criterio de absorción como definidor del régimen aplicable a los contratos mixtos.

¹⁵⁵ STJUE, de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne* C-220/05:

“(31). El municipio de Roanne afirma que la naturaleza de su objeto, que no se limita a la realización de actividades de obra, impide que el convenio, en tanto que convenio público de ordenación, pueda calificarse de contrato público de obras. Con arreglo al Derecho francés, los convenios de este tipo se adoptan para llevar a cabo un proyecto urbanístico en su conjunto o poner en práctica, en todos sus elementos, ciertas políticas urbanísticas, lo que incluye la preparación del proyecto, la gestión administrativa y jurídica, la adquisición de terrenos mediante expropiación y la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos. (...)”

(36). Es cierto que, además de la ejecución de actividades de obra, el convenio confía a la SEDL tareas adicionales que, como se señala en algunas de las observaciones presentadas, son constitutivas de *prestaciones de servicios*. Sin embargo, en contra de lo que afirma el municipio de Roanne, “*de la simple inclusión en el convenio de elementos que van más allá de la mera ejecución de actividades de obra no se deriva que tal convenio quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva*”.

(37). Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato público, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria de contratación pública debe en principio aplicarse (véase la sentencia de 19 de abril de 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartado 29). “

Asimismo, vid. STJUE de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03.

A esta misma conclusión llega el Tribunal de Justicia en relación a la legislación urbanística valenciana, afirmando, en la sentencia de 26 de mayo de 2011¹⁵⁶, que “algunas” de las siguientes actividades

“... elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI ...”

“... *parecen* corresponder, por su naturaleza, a las actividades contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50 y II, parte A, de la Directiva 2004/18, relativas a los servicios mencionados en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente”.

Es decir, a juicio del Tribunal, “*algunas*” de estas actividades “*parecen*” ser objeto de un contrato público de servicios, si bien el Tribunal no se pronuncia resueltamente sobre este extremo en tanto desestima la demanda de la Comisión por incumplimiento de las condiciones mínimas de la carga acusatoria propia del procedimiento por incumplimiento previsto en el artículo 226 CE¹⁵⁷.

De naturaleza distinta son los actos realizados por particulares a través de los cuales participan en los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos bajo la modalidad de participación *ute cives* en el ejercicio de las funciones públicas urbanísticas. Esta categoría de participación privada en el ejercicio de la actividad urbanística pública (STC 61/1997) puede adoptar diferentes modalidades, que van desde la participación en los

¹⁵⁶ STJUE de 26 de mayo de 2011, Comisión contra España, C-306/2008, apartados 96 y 97.

¹⁵⁷ STJUE de 26 de mayo de 2011, Comisión contra España, C-306/2008, apartado 94.

períodos de información pública hasta el reconocimiento de capacidad de iniciativa mediante la presentación de propuestas o proyectos para su obligatoria consideración por la Administración.

Una y otra modalidad de actuación privada –participación *ute cives* y participación *ute gestor*¹⁵⁸- se sujetan a diferentes regímenes jurídicos, coherentes con su diferente naturaleza. Y, cuando el legislador opta por la articulación conjunta en una misma figura administrativa de ambas modalidades de participación, puede surgir la confusión sobre el régimen jurídico aplicable a la figura resultante.

Desde la perspectiva del derecho comunitario, no ofrece duda que la participación privada en el ejercicio de las funciones públicas –formulación de propuesta de planeamiento o de reparcelación- forma parte de la organización del poder público y, como tal, no constituye un servicio económico remunerado, quedando al margen, consecuentemente, del ámbito material sobre el que se proyecta la libertad de circulación¹⁵⁹.

Pero tampoco ofrece duda el hecho de que no puede quedar al albur de la voluntad de cada poder legislativo el someter o no una parte de su actividad económica a la legislación comunitaria, ya que, en este caso, estaríamos reconociendo que la sujeción del legislador autonómico al acervo comunitario sería meramente voluntaria.

Y si el legislador valenciano puede separar las técnicas en las que se concreta la participación privada “*ute cives*” en la actuación urbanística de aquellas otras técnicas por las que se otorga a un particular la condición de gestor de dicha actuación (y cuyo objeto recae claramente dentro de la categoría de servicio), la articulación voluntaria y conjunta de ambas técnicas no puede implicar la inaplicación de los preceptos comunitarios reguladores de la libertad de circulación sin reconocer que la inaplicación depende de un acto voluntario del legislador autonómico.

¹⁵⁸ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO y Francisco BLANC CLAVERO, *Derecho urbanístico valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 88.

¹⁵⁹ Cfr. José María BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 68 y 68.

En el supuesto de que existan razones evidentes de interés público que aconsejen –y aún impongan– la integración técnica de ambas modalidades de participación, el legislador autonómico deberá homologar los elementos subjetivos y formales de la técnica urbanística concreta a las exigencias impuestas por el respeto a la libertad de prestación de servicios, salvo que tal homologación impida, de hecho o de derecho, la satisfacción de dicho interés¹⁶⁰; situación difícilmente imaginable en un ordenamiento compuesto como el nuestro en el que coexisten modelos en los que se separa claramente ambas modalidades de participación y que presentan un nivel de eficacia equivalente.

Por lo tanto, ambas modalidades de participación son perfectamente separables y, desde luego, autónomas, por más que ciertas razones históricas vinculadas a determinada concepción de la liberalización del suelo hayan explicado su articulación conjunta¹⁶¹.

3. La inexistencia de una relación de la acción de promoción urbanizadora con el ejercicio de poder público

La sujeción de la actividad de promoción de la urbanización a la regulación de libre prestación de servicios es, por lo tanto, insoslayable, a no ser que se justifique la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para evitar su aplicación.

Uno de estos supuestos lo constituiría la existencia de una relación de la acción de promoción urbanizadora con el ejercicio de poder público. En efecto, el artículo 51 Tratado CE prevé que *“las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.”*

¹⁶⁰ Artículo 106.2 (antiguo artículo 86 TCE) del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea en su versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007.

¹⁶¹ Para un análisis de la influencia que las políticas de liberalización del suelo han tenido en la articulación conjunta de técnicas de planeamiento y de gestión urbanística, así como sus consecuencias, *vid.* José María BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pp. 56-65.

Este artículo, insertado en el Capítulo 2 del Título IV, *Derecho de establecimiento*, es igualmente aplicable al Capítulo 3, *Servicios*, en virtud del artículo 62 según el cual “*las disposiciones de los artículos 51 a 54, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo*”.

Por lo tanto, en el supuesto de que la actividad desarrollada por el promotor de las obras de urbanización esté relacionada, aún de manera ocasional, con el ejercicio del poder público, estaría al margen de los preceptos relativos a la libre prestación de servicios y ello con independencia de que tengan un contenido económico que las haga susceptibles de contraprestación.

Ahora bien, en la medida en la que este precepto introduce una excepción a la regla general de sometimiento a las normas reguladoras de la libertad de circulación, ha sido interpretado restrictivamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que, “por tratarse de una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento, los artículos 45 CE y 55 CE deben ser interpretados de tal modo que su alcance quede limitado a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición”¹⁶². Añadiendo a continuación que, de acuerdo con esta interpretación jurisprudencial restrictiva, la excepción prevista por dichos artículos debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, “estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público”¹⁶³.

Desde esta premisa, el Tribunal de la Unión Europea rechaza, por ejemplo, que la excepción prevista en los artículos 45 y 55 TFUE pueda aplicarse a las actividades de seguridad privada, “por cuanto las empresas de seguridad privada y los guardias de seguridad privada no participan directa y específicamente en el

¹⁶² STJUE de 30 Marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl contra Giuseppe Calafiori*, C-451/2003, apartado 45. En el mismo sentido, véanse sentencias de 15 de marzo de 1988, Comisión/Grecia, 147/86, apartado 7, y de 29 de octubre de 1998, Comisión/España, C-114/97, apartado 34.

¹⁶³ Sentencias del TJUE de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, apartado 45; de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, C-42/92, apartado 8; Comisión/España, antes citada, apartado 35, y de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia, C-283/99, apartado 20.

ejercicio del poder”¹⁶⁴. O a la realización de “actos de entrega al contribuyente de una copia de la declaración cumplimentada y de la liquidación del impuesto, así como la comunicación del resultado de las declaraciones tributarias a los empresarios obligados a practicar la retención y el envío de las declaraciones a la administración tributaria”¹⁶⁵. También rechaza la relación directa y específica con el ejercicio de poder público de la actividad de controlador de empresas o “comisario ordinario”, que conllevaría incluso el poder de veto sobre decisiones empresariales constitutivas de delito¹⁶⁶.

De estos y otros numerosos supuestos se desprende, no ya la necesidad de que exista una relación, aún ocasional, con el ejercicio del poder público, tal y como exige el artículo 51 del Tratado, sino que dicha relación ha de ser directa y específica. Dentro de este último requisito de *especificidad* se exige que el ejercicio de dicho poder no sea marginal en el marco de las funciones habituales o principales propias del desarrollo de la actividad (Sentencia de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia, proc. C-283/1999). Criterio este último que suscita alguna dificultad interpretativa del término “ocasional” empleado en el tenor del artículo 51 citado.

Con la finalidad de comprobar si el ejercicio de las actividades de promoción inmobiliaria implica la realización de prestaciones que estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público, hemos de recordar cuáles son tales prestaciones, por lo que evocaremos nuevamente al paradigmático artículo 119 de la LUV, según el cual corresponde al urbanizador “*redactar* los documentos técnicos que se establezcan en las bases, *proponer y gestionar* el correspondiente proyecto de reparcelación y *contratar* al empresario constructor”, así como “*financiar* el coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del programa, que deberá ser garantizado en forma y proporción suficientes”.

¹⁶⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia, proc. C-283/1999; de 29 de octubre de 1998, Comisión/España (C-144/97, Rec. p. I-6717), y de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica (C-355/98, Rec. p. I-1221).

¹⁶⁵ STUE de 30 de Marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl contra Giuseppe Calafiori*, C-451/2003.

¹⁶⁶ STJUE de 13 de julio de 1993, Thijssen, C-42/92, Rec. p. I-4047.

Es evidente que ninguna de estas prestaciones cumple con los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para apreciar la existencia de una relación directa y específica con el ejercicio de poder público¹⁶⁷, ya que el ejercicio de poder público se identifica, en la gestión urbanística, con la aprobación del proyecto de reparcelación o de equidistribución y el proyecto de urbanización, únicos actos revestidos de *imperium*.

Incluso los restantes actos derivados de la gestión urbanística -liquidación de cuotas de urbanización y su ulterior cobro, ejecución en vía de apremio y expropiación forzosa- únicamente podrán imponerse unilateralmente al particular en virtud de una declaración de voluntad previa de la Administración pública correspondiente¹⁶⁸.

Aún en supuestos como el valenciano en el que la iniciativa de planeamiento se integra en el proceso de gestión urbanística, el poder público se manifiesta en la aprobación de dicha propuesta. Hasta el momento de su aprobación la propuesta de planeamiento no sería sino una modalidad de participación privada “*ute cives*” que carecería de efectos jurídicos vinculantes¹⁶⁹. Y máxime en

¹⁶⁷ Las funciones relacionadas coinciden sustancialmente con las atribuidas por la Ley francesa 85-704 al mandatario del titular de la obra (definición de las condiciones administrativas y técnicas según las cuales se estudiará y ejecutará la obra, actuaciones de contratación del director y del ejecutor de la obra, aprobación de anteproyectos, pago de la remuneración al contratista, recepción de las obras...). Sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que dichas funciones no implican el ejercicio de poder público, por lo que “no cabe aplicar al presente asunto la excepción prevista en los artículos 45 CE y 55 CE”. STJUE, de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03, apartado 65.

¹⁶⁸ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del “urbanizador” en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 –abril 2002, pp. 68-108,95.

¹⁶⁹ En relación a la naturaleza del acto administrativo de aprobación del proyecto urbanístico presentado por el urbanizador, es significativa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, C-451/2008. En este asunto, el *Oberlandesgericht Dusseldorf* (Alemania) plantea la siguiente cuestión: ¿Se cumple el requisito de “necesidades especificadas por el poder adjudicador”, que figura en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la

aquellos procedimientos en los que la iniciativa del particular ha de acomodarse a las exigencias o necesidades identificadas previamente por la Administración urbanística que, aún careciendo de la consideración de proyecto, sí que tienen una influencia determinante sobre el mismo¹⁷⁰.

Por lo tanto, es fácilmente identificable el deslinde entre los actos revestidos de poder público –que en todo caso se reservan a la Administración Pública- y aquellos otros actos que, aún siendo preparatorios de los propiamente administrativos, carecen de esa *especificidad y relación directa* con el ejercicio del poder público.

De ahí la improcedencia de apelar a los artículos 51 y 62 del Tratado CE para evitar la calificación de la actividad de promoción urbanística como servicio económico no sujeto a las disposiciones del tratado relativas a la libre circulación.

4. La hipotética integración de la actividad de urbanizar en el estatuto del derecho de propiedad y sus consecuencias en relación al artículo 345 Tratado CE

Un último argumento utilizado para evitar la aplicación de las normas del Tratado a la actividad de urbanización desarrollada por los propietarios del suelo pasa por entender integrada la actividad de urbanizar en el derecho de propiedad. Sobre esta base, afirma VÁQUER CABALLERÍA que la validez de este estatuto jurídico-urbanístico del propietario del suelo escapa a todo juicio de contraste con el Derecho comunitario europeo, habida cuenta de que el Tratado de la Comunidad Europea, según reza su artículo 295 no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Aunque este precepto suele ser aplicado a las propiedades públicas, a los efectos de su conciliación con el

Directiva 2004/18, cuando las obras deben realizarse siguiendo los planes examinados y aprobados por el poder adjudicador?.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde (apartado 69), que las “necesidades especificadas por el poder adjudicador”, que figura en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18 *no pueden consistir en el mero hecho de que un poder público estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o en que adopte una decisión en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística*”.

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010, rec. C-451/2008, apartado 67.

principio de igualdad de trato entre las empresas públicas y las privadas, su ámbito de aplicación es más amplio, pues impone de forma general la *neutralidad* frente al estatuto legal de la propiedad en los Estados miembros. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha declarado que cuando «por una parte, no existe una normativa comunitaria específica en [la] materia» —y no la hay en materia urbanística, pese a que la Comunidad Europea tiene título competencial para ello— «y, por otra, que las medidas» —aquí, las de contratación pública— «no tienen como efecto incidir sobre los regímenes de la propiedad» —aquí, la inmobiliaria—, «del tenor literal del artículo 222 del Tratado [el 295 de su versión consolidada] se desprende que la Ley [interna] regula un ámbito que es de la competencia de los Estados miembros» . Lo cual no quita, desde luego, para que dicha competencia deba en todo caso ejercerse de forma conforme con el Tratado¹⁷¹. Concluye el autor que la sujeción al Tratado se predica exclusivamente respecto de las normas fundamentales, tales como las libertades comunitarias y los principios de trato nacional y transparencia, pero no respecto de aquellas otras normas no fundamentales del Tratado ni del derecho derivado¹⁷².

Ahora bien, VÁQUER CABALLERÍA no identifica qué normas del Tratado no son de aplicación —por no ser fundamentales— ni cuál es el criterio para su identificación. Tampoco esgrime argumento alguno que justifique la sujeción de la actividad de urbanización al Tratado de la Comunidad Europea y no al derecho derivado, pese a lo cual es conveniente analizar la propuesta de este autor y sus repercusiones en la legislación de suelo.

La aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo resta fuerza a este planteamiento desde el mismo momento en el que integra la actividad de urbanización dentro del contenido normal del derecho de libertad de empresa. La exclusión de la urbanización de la relación de facultades que integran el derecho

¹⁷¹ Marcos VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.*, p. 247.

¹⁷² En términos análogos, cfr. José Antonio TARDÍO PATO, “La STJUE de 26-5-2011 sobre la gestión urbanística valenciana en el contexto de la jurisprudencia de dicho Tribunal sobre urbanismo y contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pp. 183-212, 197 y ss.

de propiedad del suelo (artículo 8 del TRLS 2008) y su calificación como servicio público *cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados*, dificulta la apelación al artículo 345 TFUE en su versión consolidada, (antiguo artículo 295 TCE) para evitar la aplicación de las normas del Tratado a la actividad de urbanización desarrollada por los propietarios del suelo.

Tal y como vimos en páginas anteriores, la confrontación constitucional del modelo implantado por el TRLS 2008 debe llevarnos a descartar aquella interpretación que defiende la posibilidad de retener dentro del contenido normal del derecho de propiedad la facultad de urbanizar, ya que la evicción de la facultad urbanizadora del derecho de propiedad y su plena integración en el derecho de libertad de empresa estaría blindada frente al legislador autonómico mediante su definición como condición básica del ejercicio de los derechos afectados (disposición final primera), desplazando definitivamente al anterior modelo patrimonialista que residenciaba en el derecho de propiedad la acción urbanizadora.

Ahora bien, también concluíamos que del enjuiciamiento constitucional del modelo no se deriva necesariamente el descarte de aquellas otras interpretaciones según las cuales las *peculiaridades o excepciones* a favor de la iniciativa de la propietarios del suelo a que hace referencia el artículo 6 del TRLS 2008, comprenden la posibilidad de que las Comunidades autónomas prevean a favor de los propietarios del suelo el otorgamiento de un derecho exclusivo de ejercicio de una actividad económica, ya sea reservada (concesión de servicio público) o no (habilitación operativa para el ejercicio de un servicio económico de interés general). Y ello a pesar de que es difícil evitar pensar que, al vincular la concesión de este derecho exclusivo a la concurrencia de un requisito jurídico tan específico como es la condición de propietario, nos encontramos ante un sinécdoque según el cual, cuando se dice propietario debe decirse propiedad.

Licencias retóricas aparte, es indiscutible la pervivencia de una íntima vinculación entre el derecho de propiedad y la facultad de urbanización que evoca, necesariamente, las tensiones del Derecho comunitario entre propiedad y libertad de circulación.

Un ejemplo de la solución dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las tensiones entre ambos derechos lo

encontramos en el asunto *Konle*¹⁷³, en el que se resuelven las cuestiones planteadas por el *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* al TJUE y en las que el órgano jurisdiccional nacional pide, esencialmente, que se dilucide si la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales garantizadas por el Tratado son respetadas en sistemas que condicionan las adquisiciones de bienes inmuebles a una autorización administrativa previa y que sólo exime a los nacionales del Estado miembro de que se trata de la obtención de dicha autorización. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pasa por afirmar:

“Ante todo, es patente que las normas nacionales que regulan la adquisición de la propiedad inmueble deben respetar las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento de los nacionales de los Estados miembros y la libre circulación de capitales. En efecto, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el derecho a adquirir, explotar y enajenar bienes inmuebles en el territorio de otro Estado miembro constituye el complemento necesario de la libertad de establecimiento, según la letra e) del apartado 3 del art. 54 del Tratado (sentencia de 30 de mayo de 1989, Comisión/Grecia, 305/87, Rec. p. 1461, apartado 22)”.

Y recuerda que, si bien el régimen de propiedad inmobiliaria sigue siendo competencia de cada uno de los Estados miembros en virtud del art. 295 CE, esta disposición no sustrae a dicho régimen de las normas fundamentales del Tratado.

De este modo, toda regulación del derecho de propiedad que implique una restricción de la libertad de circulación sólo puede considerarse compatible con el art. 56 CE en determinadas condiciones.

En el asunto *Konle* el Tribunal asegura que, “en la medida en que un Estado miembro puede justificar su exigencia de autorización previa al invocar un objetivo de ordenación del territorio como el mantenimiento, en interés general, de una población permanente y una actividad económica autónoma respecto del sector turístico en ciertas regiones, la medida

¹⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 junio 1999, *Klaus Konle* contra *Republik Österreich*, C-302/97.

restrictiva que constituye dicha exigencia sólo puede admitirse si no se aplica de forma discriminatoria y si otros procedimientos menos coercitivos no permiten llegar al mismo resultado”.

De asuntos tales como *Konle, Fearon* o *Doris Salzmann*¹⁷⁴ se desprende que la posibilidad de aplicar medidas restrictivas de la libertad de circulación no deriva de la vinculación de la técnica concreta de intervención administrativa con la regulación del derecho de propiedad, sino de la aplicación del *principio de proporcionalidad*, que es formulado en términos análogos al acogido por nuestro Tribunal Constitucional. De aquí surge nuevamente el principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento de la compatibilidad con el derecho comunitario de las medidas restrictivas de la libertad de circulación adoptadas por los Estados miembros¹⁷⁵.

Si bien es cierto que las sentencias citadas se refieren a la libertad de circulación de capitales y libertad de establecimiento, las conclusiones esgrimidas por el Tribunal son perfectamente aplicables a la libertad de circulación de servicios, en la medida en la que apela a títulos jurídicos comunes.

Y, si en el ejercicio de sus competencias de regulación del derecho de propiedad, los Estados se sujetan a las normas del Tratado reguladoras de la libre prestación de servicios, debe admitirse que también lo estarán respecto de las normas emanadas por las instituciones comunitarias en garantía de tal libertad –derecho derivado-, ya que no existe razón alguna que permita derogar el título competencial comunitario atribuido por el mismo Tratado como correlato y garantía de la libertad misma.

Por ello, no podemos compartir las conclusiones a las que llega TEJEDOR BIELSA en sus comentarios a la Sentencia *Helmut Müller*¹⁷⁶ y, según las cuales, dicha sentencia “presupone la habilitación de los Estados para mantener un urbanismo

¹⁷⁴ En términos análogos, véanse las Sentencias de 15 mayo 2003, Proceso penal contra *Doris Salzmann*, C-300/01 y de 6 de noviembre de 1984, *Fearon*, 182/83.

¹⁷⁵ Por ello no podemos estar de acuerdo con

¹⁷⁶ STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, que será objeto de análisis en páginas posteriores.

basado en la vinculación a la propiedad de ese “derecho a explotar un terreno”¹⁷⁷.

Y no podemos compartir tal parecer en tanto dicha sentencia únicamente desestima el recurso en base al hecho palmario de que, ni las necesidades a satisfacer estaban definidas, ni el compromiso de tramitar un plan de ordenación (sin comprometer su resultado) constituye una contraprestación en el sentido de la Directiva 2004/18. Es más, el TJUE no consideró procedente anticiparse a la hipotética ejecución de la obra dado que “los contratos de compraventa ante notario no contienen indicio alguno de una próxima adjudicación de un contrato público de obras”¹⁷⁸.

Cuando el Tribunal afirma que “mientras un operador disfrute del derecho a explotar el terreno del que es propietario, queda excluida, en principio, cualquier posible concesión de dicha explotación por parte de los poderes públicos”¹⁷⁹ no está modificando ni en un ápice la doctrina jurisprudencial comentada, ya que nadie duda que la explotación de los terrenos resultantes de la urbanización –parcelas de resultado– corresponde a sus legítimos propietarios y no forma parte de una relación contractual de derecho público.

Debemos concluir que en aquellos supuestos en los que la legislación autonómica vincule la prestación del servicio de urbanización al derecho de propiedad, la sujeción de dicha legislación autonómica a la libertad de circulación de servicios será plena, incluso por lo que se refiere al ejercicio de las competencias atribuidas por el Tratado a las instituciones comunitarias -la normativa derivada-.

Y ello con independencia de la posibilidad de adoptar medidas restrictivas de la libertad de circulación –otorgamiento de derechos exclusivos a los propietarios en determinados

¹⁷⁷ Julio Cesar TEJEDOR BIELSA, “Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 148, 2010, pp. 853-877, 871.

¹⁷⁸ STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, C-451-08, apartado 87.

¹⁷⁹ STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, C-451-08, apartado 74.

supuestos-, que deberán adoptarse previa ponderación de los intereses en juego y una vez validada la proporcionalidad de la medida.

Por lo tanto, la actividad de promoción de la urbanización es un servicio económico, tal y como es definido en el artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, como tal, sujeto a las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de prestación de servicios, sin que quepa apreciar una relación directa y específica con el poder público o una integración tal en el derecho de propiedad inmobiliaria que permitan excluirlo de la regulación fundamental de tal libertad.

IV. LA URBANIZACIÓN COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

1. Definición y características de servicio de interés económico general

Dentro del concepto *cuasiomnicompreensivo* de servicio, el Derecho comunitario europeo nos ofrece una categoría específica de servicio caracterizada por su *esencialidad* para la consecución de determinados objetivos públicos: los servicios de interés general¹⁸⁰.

Con carácter previo a toda aproximación al concepto, es necesario advertir que la noción de servicio de interés general es un concepto ajeno a los ordenamientos jurídicos nacionales, efecto tal vez buscado con la pretensión de evitar la traslación al Derecho comunitario de los equívocos propios a las teorías nacionales de servicio público¹⁸¹.

¹⁸⁰ Afirma MEILÁN GIL que “la universalidad que se predica de los servicios económicos de interés general vendría a coincidir con la esencialidad de los servicios del artículo 128 CE. Son servicios esenciales. Sólo cuando se opere con exclusividad, que se admite, nos encontraríamos con el servicio público que aquí se viene sosteniendo”. *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 48 y 49.

¹⁸¹ Cfr. Luis COSCULLUELA MONTANER y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho Público Económico*, Iustel, Madrid, 2007, p. 222; María Yolanda FERNÁNDEZ GARCÍA, “El servicio público en el Derecho

Este concepto abarca los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público¹⁸². Pues bien, cuando el servicio de interés general tiene un contenido económico y se presta en régimen de mercado, nos encontramos ante la más específica categoría de servicio de interés económico general¹⁸³.

de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2º semestre 2004, pp. 69-96, 77.

¹⁸² Anexo II de la Comunicación de la Comisión: *Los servicios de interés general en Europa*, (2001/C 17/04).

¹⁸³ Libro verde sobre los servicios de interés general, COM/2003/0270: “La expresión «servicios de interés económico general», utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público”.

Esta idea ha sido desarrollada en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno», Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, COM (2007) 725 final, apartado 2.1:

“Para que un servicio determinado sea considerado actividad económica en virtud de las normas de mercado interior (libre circulación de servicios y libertad de establecimiento), la característica esencial de un servicio es que tiene que prestarse a cambio de remuneración, pero no necesariamente tienen que pagar el servicio las personas que lo utilizan. La naturaleza económica de un servicio no depende de la personalidad jurídica del que lo presta (como, por ejemplo, un organismo sin ánimo de lucro) o de la naturaleza del servicio, sino más bien de la forma en que se presta, organiza y financia una determinada actividad. En la práctica, aparte de las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, a las que no se aplican las normas del mercado interior con arreglo al artículo 45 del Tratado CE, se deduce que la gran mayoría de servicios puede considerarse «actividades económicas» conforme a las normas del Tratado CE en materia de mercado interior (artículos 43 y 49)”.

Por su parte, los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo. Esto no quiere decir que en muchos casos el mercado no sea el mejor mecanismo para prestar tales servicios. Muchas necesidades básicas, por ejemplo comida, ropa o alojamiento, son cubiertas exclusiva o mayoritariamente por el mercado¹⁸⁴. Sin embargo, si las autoridades nacionales consideran que ciertos servicios son de interés general y las fuerzas del mercado no pueden prestarlos satisfactoriamente, pueden establecer en forma de obligaciones de servicio de interés general varias prestaciones concretas de servicios con objeto de satisfacer estas necesidades. El cumplimiento de estas obligaciones puede implicar, aunque no necesariamente, la concesión de derechos especiales o exclusivos, o la instauración de mecanismos específicos de financiación¹⁸⁵.

La diferencia entre servicios de interés general y servicios de interés económico general cobra relevancia desde el momento en el que hay una serie de preceptos que únicamente son aplicables a estos últimos, tales como las normas de mercado interior y competencia.

Actualmente, los servicios de interés económico general, a la vista del lugar ocupan entre los valores comunes de la Unión así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, tienen un reconocimiento explícito en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 16 TCE) que encomienda a la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velar por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido¹⁸⁶.

La creciente presencia que los servicios económicos de interés general tienen en la definición de las políticas comunitarias ha llevado a las instituciones comunitarias a buscar una definición que aporte un grado de previsibilidad y seguridad jurídica

¹⁸⁴Comunicación de la Comisión: *Los servicios de interés general en Europa*, (2001/C 17/04), apartado 14.

¹⁸⁵ Comunicación de la Comisión *los servicios de interés general en Europa* (2001/C17/04), apartado 14.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

suficiente¹⁸⁷ y que, a la par, refuerce su autonomía respecto de las tradiciones jurídicas nacionales vinculadas al concepto de servicio público¹⁸⁸.

Teniendo presente esta necesidad de autonomía, el Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos¹⁸⁹ inició el proceso de definición de los servicios de interés económico general reconociendo la coexistencia de diferentes definiciones de servicios públicos o servicios de interés económico general según se enfatice en la institución, en la misión de interés general o en la dirección asumida por el Poder público.

La definición de los servicios de interés general basada en la *institución* u órgano encargada de la misión de prestar el servicio es descartada desde un primer momento en tanto genera una confusión frecuente entre lo que es un servicio público y el sector público, “puesto que no tiene presente el supuesto más frecuente de gestión delegada de un servicio a una entidad privada, mixta o pública”.

El proyecto citado tampoco adopta la definición centrada en el concepto de *misión de interés general*, según el cual “el Poder

¹⁸⁷ La preocupación por alcanzar un grado aceptable de previsibilidad y seguridad jurídica en la identificación y regulación de los servicios económicos de interés general es una constante en el Derecho comunitario; *vid.* Consejo Europeo de Niza, VI, *La Europa de los ciudadanos*, E- *Servicios de Interés General*, apartado 47, o la Comunicación de la Comisión *los servicios de interés general en Europa* (2001/C17/04), apartado 6.

¹⁸⁸ “En realidad, con este expresión, las normas comunitarias huyen del concepto de *servicio público*, más extendido en los Estados miembros, pero que tiene dos contrapartidas importantes:

(i) La deslumbrante pirotecnia del servicio público no remite a una noción jurídica precisa. Su polisemia, ineludiblemente, requiere advertir, si se maneja en sentido estricto (art. 128.2 CE), amplio (que incluye actividades esenciales no económicas, como la enseñanza o educación) o amplísimo (equivalente a toda actuación administrativa, art. 106.2 CE).

(ii) “Se trata de un concepto con mucha historia, al que se han adherido no pocas cargas ideológicas, que desatan sentimientos encontrados, previos a cualquier análisis jurídico”.

Cfr. José Carlos LAGUNA de PAZ, *Servicios de Interés Económico General*, Civitas, Navarra, 2009, p. 33.

¹⁸⁹ Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos (o servicios de interés económico general), Versión de 14 de febrero de 1994.

público ha decidido asegurar su dirección en respuesta a exigencias sociales ligadas a diversas «especificidades», como, por ejemplo, la insuficiencia de la iniciativa privada”. Esta distinción existe entre los servicios comerciales y los administrativos, pero por sí sola carece de los elementos identificativos precisos para la protección del mercado interior frente a la actuación estatal.

Por ello, la definición que ha sido tenida en cuenta para la aproximación comunitaria de los servicios públicos es la basada en la *dirección pública* (o regulación) asumida por el Poder público según diversas modalidades (tutela, dirección de la obra, reglamentación, potestad tarifaria, financiación...), en respuesta a las especificidades y a las peculiaridades de interés general de la misión”.

La virtud de esta definición es que permite identificar los mecanismos de intervención pública en el mercado –la dirección pública-, vinculándolos a la consecución de una misión de interés general y a las características específicas del mercado –insuficiencia de la iniciativa privada para su adecuada satisfacción– en clara apelación a las normas fundamentales del Tratado reguladoras de la libre circulación.

Del ejercicio de la dirección pública de la actividad, y con la finalidad de satisfacer el objetivo de interés general identificado por el Estado, surgen dos notas características de los SIEG frente a los servicios ordinarios:

- La imposición de obligaciones de servicio público a los operadores privados del mercado.
- La universalidad en su prestación, entendida en el ámbito territorial de la autoridad competente para su definición.

Por lo que respecta a la identificación de los servicios de interés general y como consecuencia directa del principio de subsidiaridad, los Estados miembros, a la luz de los principios de neutralidad, libertad y proporcionalidad, son libres de definir el cometido, así como las modalidades de gestión y de financiación de los servicios de interés económico general¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Declaración sobre los Servicios de Interés Económico General adoptada en el Consejo Europeo de Niza (7, 8 y 9 de diciembre de 2000).

En las áreas que no están reguladas específicamente por la normativa comunitaria, los Estados miembros gozan de una amplia libertad para formular su definición del servicio así como para determinar los medios para prestarlo¹⁹¹. Esta libertad, por el contrario, se encuentra significativamente reducida en aquellas otras áreas en la que los servicios ya se encuentran regulados a escala comunitaria.

Por otra parte, esta mayor autonomía del legislador nacional respecto de los servicios no regulados a escala comunitaria se traduce en una restricción del control comunitario sobre la definición del SIEG que, en virtud del principio de subsidiaridad, queda limitado a la técnica del control de los errores manifiestos.

Por tanto, si un servicio es o no de interés general y el modo en que debe prestarse son aspectos que se deciden sobre todo a nivel local, si bien el alcance de la decisión dependerá de la existencia de una regulación previa comunitaria.

Una vez definido y regulado el servicio, el papel de la Comisión Europea es velar por que los medios empleados para garantizar su prestación sean compatibles y coherentes con el Derecho comunitario. El artículo 106.2 del Tratado así lo reconoce, pero introduce al propio tiempo la excepción:

“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, *en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”.

¹⁹¹ Un antes y un después en la apreciación del margen de libertad de los Estados en la definición del interés general lo marcan las STJUE de 19 de marzo de 1993, *Corbeau*, C-320/91, y de 27 de abril de 1994, *Almelo*, C-393/92, que abrieron el camino a numerosos pronunciamientos posteriores que hoy conforman una doctrina ya consolidada. *Cfr.* Antonio SEGURA SERRANO, “Los Servicios de Interés Económico General tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, enero-abril 2011, pp. 59-96, 66.

Por tanto, la regla general de sujeción de los SIEG a las normas del Tratado CE sobre libertad de circulación hace innecesario su reconocimiento explícito. Ahora bien, en la medida en la que se pretenda evitar la aplicación de las normas de libre circulación y competencia, la asignación de la misión de servicio público y su concreta definición deben explicitarse¹⁹² para garantizar la seguridad jurídica, la transparencia y el control de proporcionalidad de la restricción¹⁹³.

2. La urbanización como servicio de interés general

Como hemos visto, la identificación de una actividad como servicio económico de interés general es una decisión que ha de tomarse a nivel estatal o local, coherentemente con el principio de subsidiaridad y de acuerdo con la distribución de competencias en el ámbito estatal.

No obstante, en los primeros intentos de definición de los SIEG, se buscó una sistematización de las diversas consideraciones de interés general que podrían determinar que los Poderes públicos decidan que una determinada actividad sea sometida a dirección pública.

En ese intento de sistematización contenido en el Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos se proponía una relación de consideraciones de entre las que destacan, por su íntima relación con la materia urbanística, las siguientes:

i) Efectos externos:

- dirección de recursos no renovables o escasos;
- protección del medio ambiente;
- existencia de efectos externos importantes, de carácter económico o no, positivos (ventajas o beneficios) o negativos

¹⁹² Comunicación de la Comisión: *Los servicios de interés general en Europa*, (2001/C 17/04), (22).

¹⁹³ Respecto del alcance del control de proporcionalidad, afirma SEGURA SERRANO “aunque se mantienen posiciones favorables a la instauración de un control de proporcionalidad en sentido estricto, la balanza parece inclinarse a favor de la existencia de un mero control de necesidad”, *op. cit.*, p. 68.

(contaminaciones), a corto, medio o largo plazo y, sobre todo, cuando aquéllos sean de importancia.

ii) Objetivos de interés general a largo plazo:

- ordenación equilibrada del territorio;
- gestión de un bien público (agua, espacio o dominio público, espacio aéreo, frecuencias hertzianas...).

iii) Objetivos de redistribución:

- unidad y solidaridad territorial;
- solidaridad social: cohesión y lucha contra la exclusión.

iv) Efectos asociados a las redes:

- necesidad de contribuciones públicas para realizar inversiones (sobre todo en infraestructuras) o para el funcionamiento del servicio.

Estos factores -establecía el proyecto citado- “se emplean como criterios identificativos de exigencias esenciales, vinculados a los intereses económicos generales, y pueden formar parte del objeto de las misiones de servicios públicos susceptibles de justificar el mantenimiento constante de un derecho especial o exclusivo con excepción a las normas sobre libre competencia”.

Asimismo, en la jurisprudencia europea abundan asuntos en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea refrenda la política urbanística del Estado miembro como valor de contraste de medidas restrictivas de la libertad de circulación o establecimiento. Véanse en tal sentido los asuntos *Konle* o *Doris Salzman*, ya citados.

En el ámbito constitucional, la esencialidad de los servicios a la que hace referencia el artículo 128 CE ha sido relacionada con la garantía de los derechos fundamentales y la efectiva consecución de los principios rectores de la vida social y económica, entre los

que se encuentra el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47)¹⁹⁴.

En el derecho urbanístico español, la actividad urbanística reúne tradicionalmente los caracteres propios de los SIEG, a saber, definición de la misión de interés general y regulación de mecanismos de dirección de poder público, concurriendo en su regulación las principales notas características de estos servicios:

- Universalidad, generalmente predicada respecto del derecho de acceso a una vivienda digna, a lo que ha de añadirse las exigencias de accesibilidad universal recogidas en el TRLS 2008 tanto respecto de las infraestructuras y equipamientos urbanísticos públicos resultantes de la acción urbanística¹⁹⁵ como del producto derivado de la acción urbanística susceptible de apropiación por los particulares¹⁹⁶.

- Imposición de obligaciones de servicio público, concretadas en los deberes de los propietarios del suelo y de los titulares de la iniciativa urbanística, sean o no propietarios del suelo¹⁹⁷, y encaminados a garantizar la correcta prestación del servicio y su adecuada financiación.

Por lo tanto, y a pesar de su falta de calificación expresa como tal, la actividad urbanística siempre fue susceptible de ser calificada como SIEG; en tal sentido se pronunciaron algunos autores, particularmente PAREJO ALFONSO¹⁹⁸, en la línea de defender la inmersión de la actividad de urbanización en el derecho de libre empresa.

Hoy en día existe una homologación expresa de la actividad urbanística como SIEG, contenida en la exposición de motivos del TRLS 2008 en la que se afirma que “el régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística, que -en los términos en que la configure la legislación urbanística en el marco de esta Ley- es

¹⁹⁴ Cfr. Fernando GARRIDO FALLA, “El concepto de servicio público en derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 7-36,25.

¹⁹⁵ Art. 4.b) TRLS 2008.

¹⁹⁶ Art. 10.1.c) TRLS 2008.

¹⁹⁷ Arts. 9 y 16 TRLS 2008.

¹⁹⁸ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad de la figura.....” *op. cit.*, pp. 78 y 79.

una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de la propiedad como a la libertad de empresa”, declarando, acto seguido, que “la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados”.

Previamente a la calificación de la iniciativa privada para la actividad urbanística como SIEG, el legislador ha definido, dentro de sus estrechos márgenes competenciales, la misión de interés general encomendada. Ahora bien, la distribución constitucional de competencias constriñe al legislador estatal para regular los restantes elementos conformadores del SIEG, ya que tanto la definición concreta de la misión de interés general como de las técnicas de regulación, dirección y control recaen plenamente dentro del ámbito competencial autonómico. Ello no empece la capacidad del legislador estatal para efectuar tal declaración, ya que “la definición de una misión específica de interés general y del consiguiente servicio necesario para cumplir dicha misión no implica necesariamente un método específico de prestación de servicios”¹⁹⁹.

Sin embargo, la definición de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa sí han permitido la calificación de una rama de la actividad urbanística, la urbanización, como servicio público, yendo más allá de la simple calificación como SIEG y predeterminando un concreto régimen de intervención basado en la reserva y posterior habilitación²⁰⁰.

Respecto de la calificación dual de la actividad urbanizadora como servicio público y como actividad de interés económico general, cabe reseñar que la doctrina española ha explicado la relación entre ambas categorías jurídicas como una “cuestión de

¹⁹⁹Comunicación de la Comisión: *Los servicios de interés general en Europa*, (2001/C 17/04).

²⁰⁰ El servicio público en su acepción nacional tradicional puede considerarse como una categorización del concepto comunitario de servicio económico de interés general, ya que, “el margen de libertad que el Derecho Comunitario deja al legislador nacional para adaptar su normativa permite afirmar que es a éste a quien le corresponde decidir sobre la categorización concreta de cada sector regulado por el Derecho Comunitario Europeo”. Luis COSCULLUELA MONTANER y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho Público Económico*, Iustel, Madrid, 2007, p. 224.

opción política y justificación jurídica de la opción. En este sentido no habría obstáculo para la pervivencia del servicio público, como servicio de interés económico general, siempre que esté justificada la excepción respecto de la aplicación de las reglas de la competencia”²⁰¹.

Pero, a pesar de que no existen en nuestra doctrina voces discrepantes con la consideración de la actividad urbanizadora como servicio económico de interés general, tampoco se ha tenido demasiado presente esta condición, lo que puede ser debido, tanto a la lenta penetración de los conceptos propios del derecho comunitario en las instituciones clásicas del derecho urbanístico²⁰², como a las incertidumbres existentes sobre la afeción de esta calificación en el ordenamiento urbanístico vigente.

En palabras de PAREJO ALFONSO, “al día de hoy resulta aún difícil saber con certeza cuál es la economía interna del artículo 86 TCE; si establece la regla general de que los servicios de interés económico general deben desarrollarse en régimen de libre competencia, siendo su extracción de la lógica de ésta una estricta excepción o, por el contrario, una y otra son reglas del mismo carácter y textura que operan en paralelo y dados sus correspondientes supuestos”²⁰³.

He aquí, por lo tanto, el nudo gordiano de la cuestión que nos ocupa, y de cuya solución dependerá la adecuación o no al

²⁰¹ José Luís MEILÁN GIL, “El servicio público...”, *op. cit.*, p. 537.

²⁰² “El problema que plantea el Derecho comunitario, pues, no reside tanto en sí mismo, cuanto en los términos de su interpretación y aplicación, en sede del proceso denominado e “integración negativa” que opera por el método tópico, a partir de la perspectiva material o funcional que le es propia. Pues el aludido proceso no ha sido hasta ahora lineal, ni puede darse por concluido, habiéndose desarrollado con cierta independencia incluso de la paralela “integración positiva” o sujeta a la lógica intergubernamental, como demuestra el escaso, si no nulo eco que en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional ha tenido la incorporación al Derecho originario –indudablemente motivada por su jurisprudencia- del actual artículo 16 TCE.” Luciano PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2º semestre 2004, pp. 51-68, 57.

²⁰³ Luciano PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y servicios de interés general...”, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

Derecho comunitario de un sistema urbanístico como el nuestro que descansa, con alguna excepción, sobre el otorgamiento de un derecho exclusivo al propietario del suelo.

CAPÍTULO II

MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE URBANIZACIÓN: RESERVA AL PROPIETARIO COMO OTORGAMIENTO DE UN DERECHO EXCLUSIVO

I. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y ACCESO AL MERCADO

1. Introducción

En el capítulo anterior se ha defendido la concepción de la promoción urbanística como un servicio económico de mercado, tarea que ofrece alguna dificultad a la vista de los sistemas de gestión urbanística recogidos en algunas legislaciones autonómicas -señaladamente la valenciana-, que integran tanto modalidades de participación privada *ute gestor* como mecanismos de participación *ute cives* ajenos a todo contenido económico.

Asimismo, concluíamos que la integración en un único procedimiento de ambas modalidades de participación no permite eximir del respeto a las normas del Tratado de Funcionamiento de la UE a los servicios económicos en los que se desagrega la actividad de transformación urbanística, so pena de convertir las libertades de circulación en libertades de libre disposición para el legislador nacional.

Por último, se recordaba la libertad del legislador nacional para definir la actividad de promoción urbanística como un servicio de interés económico general, lo que hipotéticamente permitiría a los legisladores autonómicos apelar a la excepción prevista en el artículo 106.2 del Tratado para derogar eventualmente las libertades de circulación en la configuración de las técnicas de gestión urbanística²⁰⁴.

²⁰⁴ Artículo 106 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007):

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos

En el presente capítulo abordaremos esta posibilidad, analizando la naturaleza de las técnicas de restricción de la competencia presentes en los sistemas de gestión urbanística (tratamiento legal diferenciado y concesión de derechos exclusivos) así como su adecuación a las exigencias del principio de proporcionalidad al que hace referencia el artículo 106 del Tratado.

2. Libertad de circulación y servicios de interés económico general

Los artículos 26 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea garantizan la libre circulación y prestación de servicios dentro de la Unión prohibiendo, con carácter general, toda práctica restrictiva de esta libertad.

No obstante, y dado que la Unión Europea es el resultado de un proceso de permanente integración y el mercado interior una realidad a alcanzar, el propio Tratado reconoce que el punto de partida es la existencia de una multitud de reglamentaciones nacionales restrictivas de la libertad de circulación.

Por ello, el artículo 61 TFUE dispone que, en tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios nacionales de un Estado miembro. Es decir, se reconocen transitoriamente las restricciones, no las discriminaciones.

El reconocimiento de la situación de restricción conlleva un compromiso de los Estados de proceder a la progresiva liberalización de los servicios, con independencia de que para

especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”.

alcanzar dicha liberalización el Parlamento y el Consejo emitan o no directivas (arts. 59 y 60 TFUE). Este esfuerzo es indispensable para la efectiva implantación de un mercado único europeo y para la consecución del progreso económico y social de los Estados y la supresión de las barreras que dividen Europa²⁰⁵.

Nótese que las disposiciones citadas se refieren al conjunto de los servicios económicos o de mercado, sin que se excluyan de su aplicación, en principio, los denominados servicios de interés económico general. Éstos se encuentran sometidos, por tanto, a las normas del Tratado relativas a la libre circulación de servicios. Sujeción ésta refrendada en los artículos 14 y 106 del TFUE, sin que quepa apreciar, en principio, causa alguna de incompatibilidad entre la prestación de estos servicios y las normas del Tratado²⁰⁶.

Particularmente, el artículo 106 prevé la expresa sujeción a las normas del Tratado de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, “*en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*” (apartado 2).

El significado y alcance de la expresión entrecomillada constituye uno de los ejes del derecho comunitario, ya que su genérica formulación y la enorme trascendencia social y económica de los servicios afectados por esta excepción generan intensos y numerosos conflictos que dificultan la integración económica²⁰⁷.

Para acotar el enorme margen de discrecionalidad aportado por la redacción del artículo 106.2 TFUE (antiguo artículo 86.2 TCE) la jurisprudencia ha formulado tres principios que enmarcan la actuación de control de las instituciones comunitarias respecto de las reglamentaciones de los Estados miembros. Estos principios son el de neutralidad, libertad de los Estados para definir lo que

²⁰⁵ Preámbulo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su versión consolidada, párrafo quinto.

²⁰⁶ Comunicación de la Comisión: *Los servicios de interés general en Europa*, (2001/C 17/04), marginal 19 y Comunicación de la Comisión: *Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo*, COM (2007) 725 final, apartado 2.1.

²⁰⁷ José Carlos LAGUNA de PAZ, *Servicios de interés económico general*, Civitas, Navarra, 2009, p. 109.

consideran servicios de interés económico general y el principio de proporcionalidad²⁰⁸.

El principio de libertad de los Estados para definir el servicio de interés económico general y el principio de neutralidad respecto de la propiedad pública o privada de las empresas han sido abordados en páginas anteriores y, tal y como hemos concluido, no condicionan sustantivamente los modelos de gestión urbanística asumidos por los parlamentos autonómicos.

No se puede decir lo mismo del tercero de los principios, el de proporcionalidad, que, ante la inabarcable realidad social y en virtud de las exigencias del principio de subsidiaridad en la atribución de competencias a las instancias europeas, se erige como el último recurso de control comunitario sobre el ejercicio de las competencias soberanas nacionales en la regulación de servicios de interés económico general.

La aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de validación de las medidas restrictivas de la libertad de circulación se ha realizado desde un criterio de interpretación restrictiva de la excepción prevista en el artículo 106.2 TFUE, en tanto “constituye una regla derogatoria eventual del conjunto de reglas del Tratado”²⁰⁹.

Más recientemente, la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado hacia una interpretación más flexible de dicha regla derogatoria contenida en el artículo 106 TFUE²¹⁰, en respuesta a

²⁰⁸ Comunicación de la Comisión: *Los servicios de interés general en Europa*, (2001/C 17/04), marginal 20 a 23.

²⁰⁹ Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos (o servicios de interés económico general), versión de 14 de febrero de 1994, Capítulo I. Como ejemplo de interpretación estricta del principio de proporcionalidad, vid. sentencia del TPI de 19 de junio de 1997, *Air Inter*, T-260/94. En la doctrina española: José Luis MEILÁN GIL, “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, pp. 527-542, 539 y *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 246; Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Del servicio público a los mercados de interés general”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, 2001, p. 64.

²¹⁰ Vid. Sentencias de 21 de septiembre de 1999, *Albany International*, C-67/96; de 21 de septiembre de 1999, *Brentjens*, asuntos

las crecientes demandas de equilibrio entre el interés general y las reglas de la competencia. El final de esta evolución lo marca la aprobación del Tratado de Lisboa, en el que se refuerza notablemente el papel de los SIEG en el seno de los Tratados y frente al derecho de competencia²¹¹.

Por lo tanto, el marco comunitario en el que ha de desenvolverse el legislador nacional fija como regla general la sujeción de los servicios de interés económico general a las normas reguladoras de la libertad de circulación. Y únicamente se permitirán restricciones a la libertad de prestación de los SIEG siempre que sean necesarias, adecuadas y proporcionadas para la consecución de la misión de interés público encomendada²¹².

Esto nos lleva directamente a las técnicas de intervención pública sobre el mercado y, dada su potencia discriminatoria, a las normas de acceso al mercado.

3. Restricciones de acceso al mercado

Siguiendo la sistematización recogida en el Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos de 1994, la intervención pública en el acceso al mercado puede incidir en dos niveles superpuestos:

- la elección del operador (gestión delegada o concesión);
- la elección de los suministradores del operador (contratos públicos de obras, de suministros o de servicios).

La elección de los suministradores del operador (segundo nivel), no plantea mayores conflictos, dado que se trata de un ámbito armonizado y de evidente naturaleza contractual.

Si el prestador de SIEG es una empresa pública, la elección de los suministradores se sujeta a las directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE, dependiendo del sector económico de la actividad de

acumulados C-115/97 a C-117/97 y de 21 de septiembre de 1999, *Maatschappij*, C-219/97.

²¹¹ Antonio SEGURA SERRANO, “Los servicios de interés económico general tras el Tratado de Lisboa, de la excepción a la regulación positiva”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, enero-abril 2011, pp. 59-96, 61.

²¹² José Carlos LAGUNA de PAZ, *op. cit.*, p. 215.

que se trate. Si el prestador es una empresa privada, se sujetará únicamente a la normativa derivada si el objeto de la prestación recae dentro de los sectores regulados en la directiva 17/2004 o en el supuesto previsto en la directiva 18/2004 para la concesión de obras. En los restantes supuestos, la normativa de contratación será la propia del mercado privado en el que actúa.

Por otra parte, las prestaciones en las que se concreta el suministro al operador no constituyen, por sí mismas, servicios de interés económico general, sino servicios ordinarios de mercado.

La mayor problemática radica en la *elección del operador*, ya que es en este nivel donde concurren circunstancias de interés general que motivan la imposición de barreras de acceso. La libertad de las autoridades estatales y locales para definir la misión de interés general de los SIEG, unido a la vaguedad en la formulación de la regla contenida en el artículo 106.2, dan origen a un sistema de control comunitario poco propenso a la seguridad jurídica²¹³.

Este problema ha pretendido ser atajado mediante la armonización de las legislaciones nacionales en los SIEG de mayor relevancia económica. El producto de esta labor de armonización ha sido la liberalización efectiva de sectores económicos tales como las comunicaciones electrónicas, electricidad, gas, hidrocarburos, transportes, servicios postales, servicios financieros, seguros o comunicación audiovisual, alguno de los cuales eran reductos tradicionales frente a las libertades de circulación.

No obstante, la variedad de los servicios económicos a los que las legislaciones nacionales encomiendan tareas de interés público, así como la renuencia a la aprobación de una directiva de servicios de interés económico general²¹⁴ explican el gran número de SIEG que no han sido armonizados a nivel europeo y donde la aplicación del artículo 106.2 mantiene todo su casuismo.

Por eso, la importancia de que un SIEG esté sujeto o no a regulación armonizada no reside exclusivamente en el mayor ámbito de discrecionalidad de la que disponen los reguladores

²¹³Comunicación de la Comisión, Libro Blanco sobre los servicios de interés general, COM/2004/0374, 3.9.

²¹⁴ Comunicación de la Comisión, Libro Blanco sobre los servicios de interés general, COM/2004/0374, Anexo II.3

nacionales para la definición del servicio, sino en la circunstancia de que la armonización europea de los SIEG excluye que los Estados puedan apoyarse en el artículo 106.2 TFUE para evadir la aplicación de las normas del Tratado²¹⁵.

Por lo tanto, a la hora de valorar la adecuación o no al derecho comunitario de una regulación nacional por la que se restringe la libertad de circulación en base al artículo mentado, ha de considerarse necesariamente su posible subsunción en alguna de las categorías de servicios sujetas a regulación armonizada.

Ésta no es tarea sencilla²¹⁶, y en el derecho urbanístico tenemos un perfecto ejemplo de esta complejidad en los asuntos *Comisión contra Francia*²¹⁷ y *Roanne*²¹⁸. La cuestión no radica tanto en considerar un sector material como sujeto a armonización como el discernir entre la encomienda de prestación de un SIEG (o elección de operador) y la concertación de un contrato de suministro de servicios al operador.

Salvada esta dificultad, el siguiente requisito a considerar es aquel según el cual para aplicar la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 106, se debe definir claramente la misión de servicio público y ésta debe encomendarse explícitamente a través de un *acto del poder público*²¹⁹.

Aquí conviene resaltar que el acto del poder público mediante el que se otorga el derecho exclusivo de prestación del servicio no ha de ser necesariamente un acto singular, ya sea imperativo o convencional, sino que puede consistir en un acto normativo por el que se limite el acceso al mercado a ciertos

²¹⁵ Cfr. José Carlos LAGUNA de PAZ, *op. cit.*, p. 215.

²¹⁶ Cfr. Rafael C. PELLICER ZAMORA, “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en la obra colectiva *Derecho Comunitario Económico, Volumen I. Las libertades fundamentales*, Rafael ILLESCAS ORTIZ y Carlos J. MOREIRO GONZÁLEZ, (Dir.), Colex, Madrid, 2001, pp. 151-211, 174.

²¹⁷ STJUE de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra Francia*, C-412/04

²¹⁸ STJUE de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, C-220/05.

²¹⁹ STJUE de 23 de octubre de 1997, *Asunto EDF*, C-159/94.

operadores identificados o identificables por determinadas circunstancias de índole personal u objetiva²²⁰.

La concesión de un derecho especial o exclusivo mediante una disposición de carácter general conlleva importantes problemas de distinción con respecto a la regulación del servicio que implica un tratamiento legal diferenciado.

- Nos encontraremos ante el otorgamiento de un *derecho especial o exclusivo* mediante disposición general cuando dicha disposición limita la prestación del servicio a uno (derecho exclusivo) o varios operadores (derecho especial), y la identificación de tales operadores no precisa más que un acto ulterior de contenido declarativo y reglado.

- Por el contrario, existirá un *tratamiento diferenciado* cuando la norma jurídica aísla una circunstancia diferenciada de la realidad social para definir un supuesto de hecho, atribuyendo a los hechos en ella subsumibles una concreta y diferenciada consecuencia jurídica que, de esta forma, no es de aplicación a los restantes hechos de la realidad social²²¹.

Debido a que el tratamiento legal diferenciado puede implicar una quiebra del principio de igualdad, su legitimidad exige de una “suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”²²²,

²²⁰ STJUE de 19 de mayo de 1993, Asunto *Corbeau*, C-320-91.

²²¹ Cfr. Luís ARROYO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 456 y ss. Por otra parte, el criterio sostenido por el autor parece latir bajo el tenor del considerando 25 de la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, según el cual “los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de empresas basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismos, no deben considerarse como derechos especiales o exclusivos”.

²²² STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ. 4.

por lo que el canon de control del tratamiento legal diferenciado nos devuelve al campo del juicio de proporcionalidad²²³.

Cuando el tratamiento diferenciado establece una restricción cuantitativa del número de operadores, la principal diferencia con el derecho especial o exclusivo consiste en que no implica una identificación directa o indirecta de los sujetos llamados a prestar el servicio. Esta diferencia tiene una gran trascendencia a los efectos del presente trabajo, ya que la identificación de los titulares de la reserva de la iniciativa de actividad urbanística se efectúa siempre a través de una norma jurídica -ya sea la legislación urbanística o el instrumento de ordenación que delimita el ámbito de actuación- por lo que las conclusiones a alcanzar variarán sustancialmente en función de que la reserva a los propietarios pueda ser considerada como un supuesto de tratamiento normativo diferenciado o, por el contrario, deba calificarse como un derecho exclusivo.

Pero el requisito establecido en el artículo 106.2 TFUE que mayor controversia suscita es el relativo a la incompatibilidad entre el interés general propio del servicio y las normas del Tratado relativas a la libertad de circulación y establecimiento. La incompatibilidad se traduce, en virtud del criterio de interpretación restrictiva antes mencionado, en la *imposibilidad*, no mera dificultad, *de la consecución de la misión de interés público encomendada al servicio* en un marco de sujeción a las normas del Tratado.

Esta incompatibilidad no se predica automáticamente respecto de la totalidad de las normas del Tratado ni respecto de la totalidad de la actividad, sino que es susceptible de graduación, ya que en función de las circunstancias o motivos que justifican la restricción deberán adoptarse unas u otras medidas restrictivas. En virtud del principio de proporcionalidad anteriormente citado, de existir varias medidas restrictivas adecuadas para la consecución del interés general deberá adoptarse aquella que restrinja en menor grado las libertades amparadas por el Tratado.

²²³ Vid. SSTC 222/1992, de 11 de diciembre; 222/1992, de 11 de diciembre; 155/1998, de 13 de julio; 180/2001, de 17 de septiembre y 50/2008, de 14 de mayo.

De entre las medidas que afectan en mayor medida a las libertades de libre circulación destacan aquellas que implican una limitación del número de operadores en el mercado.

En efecto, en función de la naturaleza de la actividad o de los recursos empleados para su desarrollo, puede resultar incompatible con la consecución de la misión de interés general la existencia de una multiplicidad de operadores. En estos casos, la autoridad nacional competente deberá restringir la prestación del servicio a un operador concreto (derecho exclusivo) o a un número limitado de operadores (derecho especial).

Tradicionalmente se identifican cuatro posibles argumentos de la decisión pública de limitación del número de operadores: el monopolio natural, el peligro de “cream-skimming”, la escasez de recursos y el exceso de competencia.

El argumento de mayor tradición histórica es el monopolio natural, si bien se constata una cierta crisis de la teoría que lo sustenta que, en el ámbito de la Unión Europea, se manifiesta en la liberalización de los servicios en red previa separación vertical de actividades²²⁴.

Asimismo, los argumentos relativos al peligro de “cream-skimming” y el exceso de competencia²²⁵ pueden ser conjugados mediante prácticas regulatorias de la actividad, que pueden incidir en el régimen financiero del servicio, en la imposición de obligaciones de servicio público o en el establecimiento de

²²⁴ Cfr. Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, p. 445.

²²⁵ No obstante, este supuesto –si bien limitado a prestaciones concretas de interés general– se contempla expresamente en el apartado 17 de la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés económico general en Europa, (2001/C 17/04), que literalmente dice: “No obstante, ciertos servicios de interés general no se prestan a que exista una pluralidad de prestadores, por ejemplo cuando solamente puede ser económicamente viable un único proveedor. En estas circunstancias, los poderes públicos suelen atribuir generalmente derechos exclusivos y especiales de prestación del servicio de interés general otorgando concesiones por períodos limitados mediante procedimientos de licitación. La competencia en el momento de la adjudicación de la licitación garantiza que las misiones asignadas a un servicio de interés general se cumplen al menor coste público”.

condiciones de capacidad y solvencia para el acceso al mercado, pero sin fijar un número máximo de operadores.

La aplicación del principio de proporcionalidad a la regulación de las restricciones de las libertades de establecimiento y prestación de servicios determinan la preferencia de las técnicas reguladoras citadas sobre la limitación del número de operadores. A pesar de ello, el argumento relativo al exceso de competencia es pacíficamente admitido por la jurisprudencia comunitaria²²⁶.

Por último, el argumento de mayor solidez y más esgrimido a día de hoy tal vez lo constituya la escasez de recursos, generalmente vinculado a limitaciones tecnológicas (espectro radioeléctrico), a la necesaria protección de bienes jurídicos limitados tales como el medio ambiente (recursos pesqueros) o la ordenación del territorio (utilización racional del suelo)²²⁷.

La consideración por el legislador estatal del suelo como *un recurso natural, escaso y no renovable*²²⁸ constituye una verdadera apelación al argumento de la escasez de recursos como justificación de la necesaria limitación del número de operadores a prestar servicios urbanísticos en un ámbito territorial delimitado. La consideración del suelo como recurso escaso justificativo de la limitación del número de operadores no presenta dificultad alguna, sin que ofrezca mayor problema su ratificación con arreglo al principio de proporcionalidad y al juicio de error manifiesto.

²²⁶ STJUE de 19 de mayo de 1993, *Corbeau*, C-320/91; de 21 de septiembre de 1999, *Albany Internacional*, C-67/96; de 23 de octubre de 1997, *Comisión vs. Países Bajos*, C-157/94.

²²⁷ Es de advertir que los “criterios identificativos de exigencias esenciales, vinculados a los intereses económicos generales, y pueden formar parte del objeto de las misiones de servicios públicos susceptibles de justificar el mantenimiento constante de un derecho especial o exclusivo con excepción a las normas sobre libre competencia” previstos en el proyecto de Carta Europea de servicios públicos, versión de 14 de febrero de 1994, son, mayoritariamente, expresiones concretas del argumento de la escasez de recursos (“recursos no renovables o escasos”, “protección del medioambiente”, “efectos externos importantes”, “ordenación equilibrada del territorio”, “gestión de un bien público”) tradicionalmente empleados en la legislación urbanística.

²²⁸ Apartado II de la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Pero una vez validada la limitación del número de operadores, el derecho comunitario exige que la concesión del título habilitante vehicular del derecho especial o exclusivo ha de otorgarse con pleno respeto al mercado. Esto es, con arreglo a los principios de publicidad, igualdad y concurrencia²²⁹.

Este es el criterio general establecido en el artículo 6 del TRLS 2008, al establecer que “*la habilitación a particulares, para el desarrollo de esta actividad deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia*”, lo que es totalmente coherente con su previa calificación como actividad económica de interés general.

Ahora bien, el problema surge cuando el mismo artículo contempla la posibilidad de que la legislación autonómica prevea peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo y dichas peculiaridades o excepciones son interpretadas como la posibilidad de que la legislación urbanística reserve a los propietarios del suelo la prestación de ciertos servicios urbanísticos.

Aceptar esta interpretación implicaría asumir la posibilidad de asignar el derecho exclusivo de prestar un servicio de interés económico general a un operador al margen de todo procedimiento inspirado por los principios de igualdad, publicidad y concurrencia²³⁰.

Ello no se encuentra expresamente prohibido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permite derogar eventualmente las normas de competencia cuando así lo exija el interés general sin establecer otro límite a tal derogación que el que deriva del principio de proporcionalidad. No obstante, la eventual derogación de estos principios para la elección de un operador previamente identificado exigiría un juicio de proporcionalidad diferente al emitido para la restricción cuantitativa del número de operadores y en el que ya no se considerarían los argumentos relativos a los recursos escasos, monopolio natural o exceso de competencia, sino la estrecha

²²⁹ Apartado 18 de la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés económico general en Europa, (2001/C 17/04).

²³⁰ A menos que consideremos que la reserva constituye, propiamente, un supuesto de regulación diferenciada y no el otorgamiento de un derecho exclusivo.

vinculación entre la satisfacción del interés público y la prestación del servicio por una persona determinada.

Siendo esta justificación difícil de concebir, la mayor dificultad para admitir la posibilidad de concesión de un derecho exclusivo al margen de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia radica en la introducción de un riesgo de discriminación por razón de nacionalidad que atentaría, ya no sólo contra el propio Tratado (art. 14 TCE), sino contra un principio constitucional común a todos los Estados miembros y presupuesto de toda sociedad democrática: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos²³¹.

II. LA RESERVA A LOS PROPIETARIOS DEL SUELO DE LA INICIATIVA DE URBANIZACIÓN: ¿DERECHO EXCLUSIVO O TRATAMIENTO LEGAL DIFERENCIADO?

1. Conceptos de derecho exclusivo y tratamiento legal diferenciado

Actualmente²³², el concepto de derecho exclusivo se define en el artículo 2.3 de la Directiva 2004/17/CE, sobre coordinación de

²³¹ Cfr. Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 462.

²³² El concepto de derecho especial y derecho exclusivo ha sido forjado por la jurisprudencia comunitaria (por todas; *vid.* STJUE de 4 de mayo de 1988, *Bodson c. Pompes Funebres*, 30/87; de 19 de abril de 1989, *Ahmed Saeed*, 66/86; de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89). Esta doctrina jurisprudencial se reflejó posteriormente en la definición contenida en la Directiva 1994/46/CE, antecedente directo de la 2004/17/CE, si bien entre ambas definiciones existen notables diferencias que manifiestan la progresiva depuración del concepto.

Para una aproximación a la evolución operada entre la definición contenida en la Directiva 93/38/CE y la Directiva 2004/17/CE, *vid.* José Manuel SALA ARQUER, “La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales: su posible incidencia en el Derecho español”, en el libro colectivo *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004, pp. 119-135.

los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Según dicho artículo “se entenderá por *derechos especiales o exclusivos* los concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 3 a 7 y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad”.

Esta definición ha sido incorporada al ordenamiento interno por la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, que en su artículo 8.2 recoge la siguiente definición:

“Se entenderá por derecho exclusivo cualquier derecho concedido por las Administraciones públicas, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, a una empresa, mediante norma legal, reglamentaria o resolución administrativa, que reserve en exclusiva a dicha empresa el derecho a prestar un servicio o emprender una actividad en una zona geográfica específica”.

La definición contenida en el artículo 8.2 excluye los derechos exclusivos otorgados directamente mediante ley formal. Ello tiene una incidencia relativa, ya que la definición transcrita coincide sustancialmente con la definición comunitaria y ésta goza de primacía sobre la legislación nacional.

Por otra parte, quedarían al margen de la definición de derecho exclusivo “los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un *número limitado de empresas* basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismos”²³³ y que no se refieren al

²³³ Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, considerando 25.

derecho de desarrollo de la actividad sino a ciertas condiciones de su ejercicio.

Íntimamente vinculada con esta exclusión nos encontramos el supuesto de *tratamiento legal diferenciado* que, tal y como expusimos, se limita a establecer una regulación de carácter general no constitutiva *per se* de derechos subjetivos de exclusividad, precisando la constitución de tales derechos de un ulterior acto discrecional²³⁴ en el que se identifiquen los operadores y se defina el derecho a ejercer en exclusiva.

2. La reserva a favor de los propietarios del suelo contemplada en el artículo 6 TRLS 2008 como supuesto de tratamiento legal diferenciado

Debemos plantearnos si la reserva prevista en el artículo 6 del TRLS 2008 constituye, por si misma, un derecho exclusivo o un tratamiento diferenciado²³⁵.

A este planteamiento no cabe sino responder que la reserva operada en el artículo 6 constituye un supuesto de tratamiento legal diferenciado, ya que la actividad económica de interés general “*iniciativa privada para la actividad urbanística*” no se asigna a sujetos determinados en la norma o determinables a través de un simple acto reglado, sino a toda una categoría de sujetos - propietarios de suelo- cuya identificación se relega al previo ejercicio de potestades administrativas discrecionales.

La legislación urbanística vigente evidencia que no todo propietario de suelo puede acceder al ejercicio de la actividad reservada, ni tan siquiera todo propietario de suelo incluido en un ámbito urbanizable con ordenación detallada, sino exclusivamente aquellos propietarios de suelo incluido en ciertos ámbitos delimitados por el planeamiento urbanístico y en los que concurren las condiciones previstas en el régimen urbanístico

²³⁴ Cfr. Luis ARROYO JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 457.

²³⁵ El TRLS 2008 parece decantarse por la calificación de la reserva a los propietarios de la iniciativa urbanística como un supuesto de derecho exclusivo, afirmando, en el apartado II de la exposición de motivos que “Este reduccionismo es otra de las peculiaridades históricas del urbanismo español que, por razones que no es preciso aquí desarrollar, reservó a la propiedad del suelo el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización”.

autonómico en el que se concreten las peculiaridades o excepciones presupuesto de la reserva.

Es decir, la identificación del propietario titular del derecho exclusivo de ejercicio de la actividad urbanística precisa de un acto claramente *discrecional*: la delimitación del ámbito y la fijación del sistema de actuación o régimen de gestión equivalente.

En lo que atañe al cumplimiento de los requisitos expresados en el considerando 25 de la Directiva 2004/17/CE, para excluir ciertos derechos del concepto de derecho exclusivo, se ha de señalar que la condición necesaria para el ejercicio de la actividad reservada es una condición objetiva y predeterminada: la propiedad inmobiliaria, a cuya titularidad pueden acceder los ciudadanos europeos sin que exista norma que implique condición discriminatoria alguna por razón de nacionalidad.

En lo tocante a la exigencia de proporcionalidad del régimen jurídico diferenciado, el artículo 6 del TRLS 2008 únicamente alude a *peculiaridades o excepciones*, que han de ser apreciadas por el legislador autonómico en atención a dicho principio de proporcionalidad, por lo que este juicio recaerá principalmente sobre la legislación urbanística autonómica y, ulteriormente, sobre la acción administrativa que acuerde su aplicación al ámbito territorial delimitado²³⁶.

Por lo tanto, podemos concluir que la reserva operada por el artículo 6 del TRLS 2008 a favor de los propietarios del suelo en determinados supuestos no constituye un supuesto de concesión de derecho exclusivo mediante ley, sino un tratamiento diferenciado de una situación jurídica concreta: la propiedad de suelo.

Tampoco puede considerarse que otorgue un derecho exclusivo la legislación urbanística autonómica en la que se concretan los supuestos de reserva, ya que la identificación del operador no se producirá como consecuencia de un acto administrativo de contenido reglado que dé ejecución a dicha

²³⁶ La decisión de aplicación del régimen en el que se concretan las peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo existirá siempre, ya que siempre existirá la opción sobre el ejercicio directo de la actividad por la Administración.

legislación, sino que precisará siempre de un ulterior acto discrecional.

Así parece haberlo entendido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia recaída el asunto *Comisión contra Italia*²³⁷, a la que haremos referencia posteriormente, y que considera la previsión legal de adjudicación directa de actuaciones de urbanización a los propietarios del suelo como una “diferencia de trato” que constituye una discriminación indirecta por razón de nacionalidad.

3. El planeamiento urbanístico como supuesto de otorgamiento de un derecho exclusivo mediante norma reglamentaria

Todo ello traslada la cuestión a otro ámbito de manifestación del poder público que sí es subsumible en la definición contenida en el artículo 8.2 de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras: la actuación administrativa de planificación urbanística.

En efecto, en este nivel de acción administrativa se adoptan dos decisiones de fuerte contenido discrecional, orientadas a definir el contenido del servicio de interés económico general y a identificar las personas llamadas a prestarlo.

El contenido del SIEG se define identificando el ámbito territorial sobre el que se proyecta y las necesidades a satisfacer. Es decir, se concreta la misión de interés general.

El nivel de concreción variará en función de la integración o no en un único procedimiento del ejercicio de las competencias de planeamiento y gestión, ya que su necesaria apertura a la iniciativa privada como modalidad de participación pública *ute cives* presupone un ámbito mayor de indefinición inicial; de ahí que, en sistemas como el programa de actuación urbanística valenciano, el nivel de definición fijado en el planeamiento es muy inferior al propio de un sistema de actuación, como el de compensación, que

²³⁷ STJUE de 21 de febrero de 2008, Comisión contra Italia, C-412/04

parte de una ordenación detallada con un grado de definición muy preciso²³⁸.

Asimismo, en el planeamiento se identifica el sistema de gestión urbanística a seguir –de existir varios-, pudiendo decidir en este momento la Administración si reserva para sí el ejercicio de la actividad, si decide acudir ordinariamente al mercado para su prestación o si aplica el régimen jurídico en el que se concreta la reserva a los propietarios.

Por último, en el acto de planeamiento se identifica, como consecuencia directa de la delimitación territorial, a las parcelas de suelo afectadas y, consecuentemente, a los propietarios de suelo titulares de las mismas²³⁹.

Consecuentemente, cabe afirmar que en este nivel de acción administrativa se identifica al potencial operador (identificando las parcelas) y se decide otorgarle o no el derecho de ejercicio exclusivo de la actividad (fijación del sistema de actuación) y todo ello en el contexto de intensa discrecionalidad inherente al contenido esencialmente político de la planificación urbanística²⁴⁰.

Así planteado, no es difícil aceptar que tras estas decisiones administrativas se produce una verdadera concesión de derecho exclusivo. Derecho exclusivo para la prestación del servicio de interés económico general “*iniciativa privada para la actividad*

²³⁸ A juicio de Francisco BLANC CLAVERO, el nivel de indefinición inicial en el que se formulan los programas de actuación integrada de la Ley 6/1994, determinan la imposibilidad de calificar la relación convencional como contractual por indefinición de su objeto, dado que la definición se produce con la aprobación del planeamiento cierto, con la obra proyectada y el sistema de actuación decidido. “La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001-abril, 2002, pp. 143-164, 159.

²³⁹ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, *Reivindicación del Urbanismo... op. cit.*, p. 58.

²⁴⁰ Es precisamente la discrecionalidad propia del ejercicio de la potestad de planeamiento la que ha llevado a afirmar a BUSTILLO BOLADO la eventual naturaleza contractual administrativa de los convenios de planeamiento urbanístico. Cfr. Roberto O. BUSTILLO BOLADO y José Ramón CUERNO LLATA, *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 86 y ss.

urbanística” tal y como se defina en la correspondiente legislación urbanística autonómica²⁴¹.

III. IMPLICACIONES COMPETENCIALES DE LA CONSIDERACIÓN DE LA ACTIVIDAD URBANIZADORA COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

La recepción por la doctrina y jurisprudencia española de las conclusiones alcanzadas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Proyecto Scala 2001*²⁴² se ha producido en un clima de vértigo competencial que ha condicionado la precomprensión del asunto²⁴³.

En efecto, tal y como ha refrendado el Tribunal Supremo para el supuesto del agente urbanizador, la aplicación directa y estricta de tal doctrina conllevaría la aplicación preferente de la legislación básica en materia de contratos públicos sobre la autonómica reguladora de la gestión urbanística²⁴⁴.

²⁴¹ En palabras de Julio C. TEJEDOR BIELSA: “El urbanismo, lejos de configurarse como una actividad regulada en cuyo desarrollo pueden participar cualesquiera agentes privados en condiciones de igualdad y en competencia, aparece como la proyección territorial de un derecho monopolístico que, lógicamente, pretenderá alcanzar el máximo beneficio privativo aun a costa de los intereses públicos”. “Propiedad, urbanismo y estado autonómico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 148, enero-abril 1999, pp. 387-433; 432.

²⁴² STJUE de 12 de julio de 2001, *Ordine degli architetti*, C-399/98.

²⁴³ Cfr. Ángel MENÉNDEZ REXACH, “Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, octubre de 2008, pp. 17-47, 18.

²⁴⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2006, rec. 3961/03, ponente: Segundo Menéndez Pérez; de 28 de diciembre de 2006, rec. 4245/2003, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; de 27 de marzo de 2007, rec. 6007/03, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; de 6 de junio de 2007, rec.7376/03, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; de 27 de diciembre de 2007, rec. 10/2004, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; de 5 de febrero de 2008, rec. 714/2004, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; de 27 de febrero de 2008, rec. 6745/2005, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate o 27 de enero de 2009, rec. 8540/2004, ponente: Pedro José Yagüe Gil.

El impacto de esta interpretación sobre la legislación urbanística autonómica es notable²⁴⁵ y, con la finalidad de evitarlo se han esgrimido diversos argumentos, que abarcan desde la negación de la naturaleza contractual de la relación entre el agente urbanizador y la Administración²⁴⁶ hasta la subsunción de esta relación en la figura del contrato administrativo especial²⁴⁷.

Ante esta tesitura, las opciones del legislador son las siguientes:

- La inclusión en la legislación básica de un nuevo tipo de contrato administrativo: el contrato de urbanización.

²⁴⁵ Si al grado de homogeneización que la normativa ambiental comunitaria impone sobre los procedimientos de planificación urbanística, le añadimos la sujeción de las técnicas de gestión urbanística a la normativa de contratación pública armonizada, nos encontraríamos con un panorama competencial muy pobre desde el punto de vista autonómico.

²⁴⁶ Bien por la incapacidad del convenio de crear obligaciones nuevas. Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE...”, *op. cit.*, pp. 16 y ss.; bien por la inexistencia de causa onerosa; Cfr. Francisco BLANC CLAVERO, “La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001-abril, 2002, pp. 143-164, 148 y ss. o Marcos VÁQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001-abril, 2002, págs.231-255, 236.

²⁴⁷ Ésta es la posición mayoritaria en la doctrina española, y que ha sido asumida por autores tales como José María BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, p. 322; Alfonso VÁZQUEZ OTEO, *El agente urbanizador*, El Consultor, Madrid, 2005, p. 244. CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, *El agente urbanizador...*, *op. cit.*, p. 175; PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del “urbanizador” en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001-abril, 2002, pp. 69-108, 107; BLANC CLAVERO, *op. cit.*, 164; Agustín DE ASÍS ROIG, “Caracterización de la función de urbanización”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001-abril, 2002, pp. 205-207; GIMENO FELIU, “El urbanismo como actividad económica y mercado público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, pp. 87 y 88.

- La exclusión del ámbito objetivo de la legislación contractual básica de aquellos contratos resultantes de los procesos de gestión urbanística, dejando un mayor espacio normativo a las Comunidades autónomas para el diseño de sus técnicas de gestión, si bien sujeto a la primacía del Derecho comunitario.

- O, por último, el revestimiento de la gestión urbanística de notas tales que le permitan evadir, al menos parcialmente, la aplicación de la Directiva 2004/18/CE.

En defensa de la autonomía política de las Comunidades autónomas, el legislador estatal parece haberse decantado por la última de las opciones, de forma tal que la calificación en el preámbulo del TRLS 2008 de la iniciativa privada para la actividad urbanística como actividad económica de interés general iría más allá de la simple voluntad del legislador de explicitar la naturaleza jurídica de la actividad y podría entenderse como una llamada al concreto régimen jurídico comunitario de los servicios de interés económico general.

De esta forma, el legislador pretende recalcar el carácter de servicio de interés general no armonizado de la iniciativa para la actividad urbanística, con la finalidad de evitar la aplicación de la Directiva 2004/18/CE a las técnicas de gestión urbanística indirecta, y para ello, en la línea de la legislación valenciana, distingue dos modalidades de acción: la gestión directa, en la que la Administración asume la gestión del servicio de interés general y apela a un mercado público para satisfacer sus necesidades; y la gestión indirecta, enmarcada en la previa calificación de la actividad urbanística como servicio de interés económico general.

Esta estructura pretende otorgar una gran flexibilidad al modelo, ya que la aplicación del régimen jurídico de los SIEG permite derogar eventualmente las normas del Tratado ex artículo 106.2 al tiempo que marca diferencias entre dos estatutos jurídicos de prestadores de servicios: el operador del SIEG o agente urbanizador y el proveedor del operador o constructor.

La apelación a la excepción establecida en el artículo 106.2 del TFUE permitiría al legislador autonómico validar la reserva otorgada a favor de los propietarios del suelo, desplazando el control comunitario de la relación contractual a la decisión legislativa previa de exclusión de la actividad del ámbito objetivo de la libertad de circulación. Este control, como hemos visto, se

limita a la verificación de los hechos determinantes y a la ponderación de la restricción con arreglo al principio de proporcionalidad, por lo que es más permeable a las sensibilidades políticas del momento que el basado en la aplicación de las directivas de contratación pública²⁴⁸.

Y, por lo que respecta a los supuestos no reservados a la propiedad del suelo, el beneficio de la calificación como SIEG es claro, ya que, en tanto el SIEG *iniciativa privada en la actividad urbanística* no se encuentra armonizado, el procedimiento de adjudicación del título habilitante para su ejercicio tampoco lo está, dado que desde este momento la elección del operador se ubica en un nivel y mercado diferentes al de su proveedor: el contratista de obra.

En última instancia, la aceptación del modelo conllevaría que únicamente nos encontráramos ante un procedimiento de adjudicación de un contrato público –no armonizado– en la elección del operador, pero nunca en la elección del proveedor del operador cuando este no sea una empresa pública²⁴⁹. En este último caso, la sujeción del operador a la normativa comunitaria de libertad de empresa exigiría la armonización del servicio y la extensión de sus efectos a los contratos perfeccionados por el operador, tal y como se prevé en la Directiva 2004/17/CE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

Es decir, se pretende desmontar la argumentación desplegada por el TJUE en los asuntos *Proyecto Scala 2001*, *Roanne* y *Comisión vs. Italia*, introduciendo la excepción relativa a la imposibilidad de cumplimiento de la misión de interés general encomendada y relegando al procedimiento no armonizado de elección de operador las garantías a la libertad de circulación.

Así explicado, el TRLS 2008, más que introducir un nuevo modelo, parece querer defender el modelo preexistente, para lo cual utiliza las categorías y argumentaciones propias del Derecho comunitario.

²⁴⁸ Cfr. José Carlos LAGUNA PAZ, *op. cit.*, p. 229.

²⁴⁹ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad ...”, *op. cit.*, p. 97.

IV. EL CONTRASTE DEL PLANTEAMIENTO CON LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

1. La existencia de un riesgo de discriminación indirecta

En primer lugar hay que advertir que este planteamiento no tiene reflejo en la jurisprudencia comunitaria recaída hasta la fecha en esta materia.

Los principales asuntos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre gestión urbanística (*Ordine degli architetti*²⁵⁰; *Comisión contra Francia*²⁵¹; *Roanne*²⁵² y *Comisión contra Italia*²⁵³) se han centrado en la aplicación de la Directiva 93/37/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra²⁵⁴, de forma tal que la práctica totalidad de los argumentos vertidos por una y otra parte versan sobre los conceptos de obra pública, poder

²⁵⁰ STJUE de 12 de julio de 2001, C-399/1998.

²⁵¹ STJUE de 20 de octubre de 2005, C-264/03.

²⁵² STJUE de 18 de enero de 2007, C-220/2005.

²⁵³ STJUE de 21 de febrero de 2008, C-412/04

²⁵⁴ Así, la primera cuestión planteada en el asunto *Ordine degli architetti* es del siguiente tenor literal:

“1) Son contrarias a la Directiva 93/37/CEE, a la luz de los principios de rigurosa concurrencia que el ordenamiento jurídico comunitario las disposiciones nacionales y regionales que permiten al constructor (titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado) la realización directa de obras de urbanización...”

En el mismo sentido se formula la cuestión elevada por el Tribunal administratif de Lyon en el asunto *Roanne*:

“1) Constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva (...) un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización, con un fin de interés general, de un proyecto de ordenación, en el marco del cual la segunda entidad adjudicadora entrega a la primera obras”

Asimismo, los asuntos *Comisión contra Italia* y *Comisión contra Francia*, fueron iniciados a instancias de la Comisión por incumplimiento de los requerimientos de adecuada transposición de las Directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

adjudicador y existencia de un contrato. En ningún momento se planteó abiertamente la consideración de la urbanización como un servicio de interés económico general.

Ahora bien, en el fondo del debate y, en algún caso, del pronunciamiento judicial, se entrevé la lógica del servicio de interés general. De hecho, y tal y como expondremos a continuación, el respeto de los principios rectores de los SIEG ha forzado al Tribunal a incoherencias de argumentación que han empañado la comprensión del fallo²⁵⁵.

El *leading case* en la materia lo constituye la sentencia de 12 de julio de 2001, recaída en el asunto *Ordine degli architetti*, también conocido como *Proyecto Scala 2001*, cuyos antecedentes obviaremos por la amplia difusión y numerosos comentarios de los que ha sido objeto y a los que nos remitimos²⁵⁶.

Por lo que aquí respecta, destacaremos que la cuestión prejudicial planteada por el *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* interrogaba sobre la compatibilidad con la Directiva 93/37/CEE de las disposiciones nacionales y regionales que permiten al constructor (titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado) la realización directa de obras de urbanización, cuando dicho titular de un plan de urbanización es identificado directamente por la ley.

Al margen de las diferencias puestas de manifiesto por nuestra doctrina entre la legislación italiana y la española²⁵⁷, entre ambas existe una similitud innegable: la atribución al propietario del suelo de la facultad de urbanizar. Esta atribución directa sin publicidad y sin concurrencia suscita en el órgano jurisdiccional nacional la lógica duda de su compatibilidad con el Derecho comunitario.

²⁵⁵ Prontamente puestas de manifiesto por Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE...” *op. cit.*, pp. 15 y ss. y Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad...”. *op. cit.*, p. 97.

²⁵⁶ Por todas, véase el monográfico de la revista *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001-abril, 2002.

²⁵⁷ Cfr. Francisco BLANC CLAVERO, *op. cit.*, p. 149 o Marcos VÁQUER CABALLERÍA, *op. cit.*, p. 244.

Y si bien la cuestión prejudicial gira en torno a la aplicación de la Directiva 93/37/CEE, los argumentos desplegados por las partes apuntan a otra dirección.

En primer lugar, se destaca el hecho de que el prestador de servicios no es elegido por la Administración, sino que se establece directamente por la ley.

Esta circunstancia, tal y como defendió infructuosamente el Abogado General Lèger, excluye todo riesgo de discriminación, en tanto que, eliminada la posibilidad de elegir se elimina la posibilidad de discriminar²⁵⁸. Sin embargo, en ningún momento se califica el otorgamiento del derecho mediante norma legal como derecho exclusivo.

No obstante, el Tribunal no comparte esta tesis, advirtiendo la existencia de un riesgo de discriminación por razón de nacionalidad que, a la postre, condiciona la precomprensión del asunto.

En la primera de las sentencias, asunto *Proyecto Scala 2001*, el Tribunal no hace referencia expresa a la existencia de un riesgo de discriminación y centra todos sus esfuerzos en probar la existencia de un contrato basándose en la discrecionalidad de la Administración en la definición del servicio:

“Es verdad que la administración municipal no tiene la posibilidad de elegir a su cocontratante, porque, según establece la ley, esta persona debe ser necesariamente el propietario de los terrenos que se van a urbanizar. Sin embargo, dicha circunstancia no basta para excluir el carácter contractual de la relación que se establece entre la Administración municipal y el urbanizador, puesto que el convenio de urbanización celebrado entre ambos determina las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso, así como los requisitos correspondientes, incluida la aprobación de los *proyectos* de dichas obras por el Ayuntamiento. Además, en virtud de los compromisos adquiridos por el urbanizador en dicho convenio, el Ayuntamiento dispondrá de un título jurídico

²⁵⁸ Conclusiones del Abogado General sr. Philippe Lèger presentadas el 7 de diciembre de 2000, en el asunto C-399/1998, apartados 68 a 85, I-5427 a I-5430.

que le garantizará la disponibilidad de las obras de que se trate, a los efectos de su afectación pública.”

Posteriormente, en la sentencia de 21 de febrero de 2008, asunto *Comisión contra Italia*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien ratifica las conclusiones emitidas en el asunto *Proyecto Scala 2001*, amplía su argumentación con apelaciones directas al Derecho primario y, particularmente, a la prohibición dirigida a los Estados miembros de adoptar medidas discriminatorias por razón de la nacionalidad:

“Cuando queda acreditado que un contrato de este tipo presenta un interés transfronterizo cierto, la adjudicación, sin transparencia alguna, de este contrato a una empresa establecida en el Estado miembro de la entidad adjudicadora *constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas situadas en otro Estado miembro que puedan tener interés en dicho contrato. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otros Estados miembros, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad*, prohibida con arreglo a los artículos 43 CE y 49 CE (véase, en este sentido, por lo que respecta a la Directiva 92/50, la sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-0000, apartados 30 y 31 y la jurisprudencia citada)”.

Es decir, más allá del mero análisis de las soluciones adoptadas por el derecho derivado, el Tribunal aprecia un riesgo de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad y que operaría en un triple plano:

1º. En la exigencia de un establecimiento previo para el acceso a la prestación del servicio, bajo la modalidad de adquisición previa de un bien inmueble en el Estado de desarrollo de la actividad.

2º. La vinculación del otorgamiento de la habilitación para la prestación de un servicio económico a una determinada inversión directa de capital en el Estado habilitante²⁵⁹.

3º. En la existencia de un importante margen de discrecionalidad de la Administración municipal en la asignación del título habilitante “licencia urbanística o plan de urbanización aprobado”, que se traduce en la posibilidad de influir en la identificación del prestador a través de la definición del servicio: es decir, de “las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso, así como los requisitos correspondientes, incluida la aprobación de los proyectos”.

La existencia de este riesgo de discriminación y la necesidad de alcanzar una interpretación del Derecho comunitario útil para su evicción constituye el verdadero hilo conductor de las conclusiones, por más que para su articulación formal se acuda a la normativa de contratación pública.

El riesgo de discriminación es igualmente apreciable en la legislación urbanística española²⁶⁰, particularmente en aquellas técnicas administrativas autonómicas que reservan la acción urbanizadora a la propiedad, ya que imponen el establecimiento previo y la inversión directa de capitales como condición de acceso al servicio, al tiempo que trasladan a la Administración un amplio margen de discrecionalidad, tanto en la identificación del operador -mediante la delimitación del ámbito de actuación y la fijación del sistema de actuación- como en la definición del servicio a través de la aprobación de los instrumentos de ordenación y urbanización²⁶¹.

Esta sola circunstancia bastaría para poner en tela de juicio la posibilidad de interpretar la expresión empleada por el

²⁵⁹ *Vid.* Art. 64, TFUE, versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007.

²⁶⁰ Carácter discriminatorio que, en relación al agente urbanizador, refrenda el Abogado General sr. Niilo Jääskinen, en las conclusiones presentadas el 16 de septiembre de 2010, asunto C-306/08, apartado 76.

²⁶¹ En relación al riesgo de discriminación indirecta implícito en el ejercicio de las potestades de planeamiento y en un sentido más amplio y comprensivo de todo uso del suelo, *vid.* Juli PONCE SOLÉ, “La proyección social del planeamiento”, en la obra colectiva, *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Luis Martín REBOLLO y Roberto O. BUSTILLO BOLADO, (dir.), Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 199-237, 217.

legislador estatal “*peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo*” como la reserva de la acción de urbanizar, dado que no es previsible un giro en la continuidad de la doctrina jurisprudencial expuesta.

2. La apelación a la misión de interés general

Ninguna de las partes de los diferentes procesos estudiados ha alegado la consideración de las actividades urbanísticas como un servicio de interés económico general ni, consecuentemente, la aplicación del artículo 106.2 TFUE. No es de extrañar, por lo tanto, que el Tribunal tampoco se pronunciara sobre estos extremos.

Ahora bien, en la totalidad de los procesos la representación de los Estados personados ha alegado, de forma más o menos velada, la existencia de una misión de interés general.

Así, en el asunto *Proyecto Scala 2001*, la República Italiana afirma que la legislación urbanística tiene un objeto, finalidad y características propias, y que los intereses que pretende proteger son diferentes a los de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos.

Este alegato es rechazado por el Tribunal, afirmando que “la circunstancia de que la disposición de Derecho nacional que prevé la realización directa de las obras de urbanización forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tiene características propias y que persigue una finalidad específica, distinta de la Directiva, no basta para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de la Directiva, cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito”.

Por lo que aquí interesa, la *finalidad específica, distinta de la Directiva 93/37*, parece evocar a la más precisa expresión *misión de interés general*, presupuesto de todo servicio de interés económico general. Ya que si la finalidad específica de la legislación urbanística no es propiamente la de la ejecución de obra pública, esta finalidad no puede ser otra que la realización efectiva del derecho a la vivienda y demás derechos vinculados con la transformación urbanística del territorio.

La lógica del servicio de interés económico general se evoca, asimismo, en el asunto *Roanne* cuando “el municipio de Roanne afirma que la naturaleza de *su objeto, que no se limita a la*

realización de actividades de obra, impide que el convenio, en tanto que convenio público de ordenación, pueda calificarse de contrato público de obras. Con arreglo al Derecho francés, los convenios de este tipo se adoptan para llevar a cabo un proyecto urbanístico en su conjunto o *poner en práctica, en todos sus elementos, ciertas políticas urbanísticas*".

El Ayuntamiento de Roanne deja entrever la existencia de un servicio económico de interés general desde la definición de servicio. En efecto, el servicio de interés económico general se desagrega, generalmente, en una multiplicidad de servicios ordinarios, alguno de los cuales pueden estar sujetos a regulación armonizada.

Ahora bien, esta multiplicidad de servicios ordinarios se refunden en uno sólo: el servicio de interés económico general, en virtud de su articulación finalista determinada por la misión de interés general.

Por lo tanto, el objeto del servicio de interés general no coincide con los objetos de cada uno de los servicios ordinarios en los que se desagrega²⁶².

Si bien ello no es negado por el Tribunal de Justicia, concluye sentenciando que "en contra de lo que afirma el municipio de Roanne, de la simple inclusión en el convenio de elementos que van más allá de la mera ejecución de actividades de obra no se deriva que tal convenio quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva".

Y a continuación recuerda que, "como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato público, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria de contratación pública debe en principio aplicarse (véase la sentencia de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartado 29)".

El Tribunal únicamente tiene en consideración el objeto de las prestaciones propias de los servicios ordinarios

²⁶² Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, "La cuestión de la constitucionalidad...". *op. cit.*, p. 80.

individualmente considerados, sin apreciar la consecución de la misión de interés general como objeto específico del servicio económico de interés general definido por la agrupación finalista de servicios ordinarios.

Otro ejemplo, en el que sí se evoca la existencia de una función de interés general, lo aporta el asunto *Comisión contra Francia*²⁶³. En este caso, la legislación francesa califica las funciones del titular de la obra como *funciones de interés general*²⁶⁴, alguna de las cuales puede confiar a un mandatario. Este mandatario no está predeterminado por la ley, sino que es objeto de libre elección por el titular de la obra, que articula la relación con el mandatario a través de la perfección un convenio de colaboración.

La encomienda de una misión de interés general implícita en el mandato fue alegada por el Gobierno francés con la finalidad de obtener del Tribunal el reconocimiento de la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50.

El Tribunal de Justicia desestima el alegato en los siguientes términos:

“Seguidamente, respecto a la naturaleza de dichas atribuciones, ha de subrayarse que *la cuestión de si el mandatario contribuye al ejercicio de una función de interés general no es decisiva para determinar si éste efectúa o no prestaciones de servicios*. En el ámbito de los contratos públicos no es infrecuente que la entidad adjudicadora confíe a un tercero una tarea de carácter económico que tenga por objeto la satisfacción de una necesidad de interés general. Esta circunstancia resulta corroborada por el hecho de que la Directiva 92/50 se aplica, con determinadas excepciones, a los contratos públicos de servicios adjudicados por entidades en el sector de la defensa”.

Del examen de los supuestos enumerados podemos concluir que el Tribunal de Justicia es absolutamente insensible a las definiciones recogidas por las legislaciones nacionales de los servicios de interés económico general, cuando la definición del

²⁶³ STJUE de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03.

²⁶⁴ Artículo 2 de la Ley núm. 85-704.

servicio contenido en la legislación nacional integra servicios económicos sujetos a regulación armonizada y la elección del operador conlleva la encomienda de la realización de una obra o la prestación de un servicio.

Esta invisibilidad del servicio de interés económico general a los ojos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas genera confusión entre los dos niveles de apertura a la competencia a las que hacía referencia el proyecto de Carta Europea de los servicios públicos: el operador del SIEG y el proveedor del operador.

Y esta confusión, a su vez, explica el salto conceptual al que llega el Tribunal de Justicia en el asunto *Proyecto Scala 2001*, cuando, con el único apoyo de la aplicación analógica de un precepto exclusivamente aplicable a los contratos de suministro perfeccionados por el concesionario de una obra pública²⁶⁵, modifica el ámbito subjetivo de la Directiva 93/37, imponiendo al operador del servicio la obligación de tramitar el procedimiento de adjudicación previsto en la Directiva para la selección del proveedor del operador, creando un claro precedente de aplicación horizontal entre particulares de los preceptos de libertad de empresa sin apoyatura en el derecho derivado²⁶⁶.

²⁶⁵ Artículo 3.4 Directiva 93/37 CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

²⁶⁶ Lo que ha llevado a afirmar a BAÑO LEÓN que “no sólo es contrato el intercambio patrimonial entre un poder adjudicador y un empresario; también lo es el intercambio patrimonial entre dos sujetos privados cuando se trata de un mercado público”, lo que sumerge la definición del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE en los difusos e inciertos límites del *mercado público*. José María BAÑO LEÓN, "La figura del contrato en el Derecho Público: Nuevas perspectivas y límites", en la obra colectiva *"La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo"*, INAP, Madrid, 2004, pp. 11-29, 24.

V. CONCLUSIONES

1. En relación a la figura del agente urbanizador

A. *La ausencia de una regulación armonizada del SIEG determina la aplicación de las Directivas de coordinación de los contratos públicos*

A pesar de su aparente discordancia, la doctrina expuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no contradice formalmente la calificación de la actividad urbanística como servicio de interés económico general.

Ello se explica porque el servicio de interés económico general correspondiente a la *iniciativa en la actividad urbanística*, cualquiera que sea la definición que le otorgue la legislación autonómica, es un servicio de interés económico general no armonizado.

Por otra parte, es un servicio complejo y su prestación se traduce en el desarrollo de una multiplicidad de actividades, muchas de las cuales tienen un indudable contenido económico²⁶⁷ e, inevitablemente, la mayoría de estas actividades son perfectamente subsumibles en la definición de obras o servicios contenida en la Directiva 2004/18/CE.

Tampoco ofrece dudas el hecho de que, cuando un poder adjudicador otorga el título habilitante para la prestación de un SIEG a un operador, si la definición del SIEG conlleva la realización de obras, servicios o suministros, el otorgamiento del título habilitante implica un mandato para la realización de una obra, servicio o suministro.

²⁶⁷ La ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, enumera, en su artículo 119, las actividades a desarrollar por el urbanizador y “que comprenderán en todo caso la de *redactar los documentos técnicos* que se establezcan en las bases, *proponer y gestionar el correspondiente proyecto de reparcelación* y *contratar al empresario constructor* encargado de la ejecución del proyecto de urbanización, en los supuestos y conforme a las condiciones establecidas en esta Ley. El urbanizador está obligado a *financiar* el coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del programa, que deberá ser garantizado en forma y proporción suficientes, pudiendo repercutir dicho coste en la propiedad de los solares resultantes”.

En este mismo momento concurrirán los elementos subjetivos (poder adjudicador y contratista) y objetivos (obra, servicio o suministro) de la Directiva 2004/18/CE. En el supuesto de que exista una causa onerosa y la capacidad del poder adjudicador para elegir al operador del servicio se cerrará el círculo del contrato.

A ello cabe oponer que el contrato entre el poder adjudicador y el operador tiene un objeto principal diferente al de la obra, servicio o suministro, dado que el objeto específico del título habilitante es la prestación de un SIEG y, como tal, responde a una causa diferente: la satisfacción de una necesidad esencial²⁶⁸.

Si bien esta afirmación es cierta, también lo es que, desde la perspectiva del Derecho derivado, la armonización de un servicio ordinario exige para su excepción de un acto normativo de sentido inverso. Es decir, de la previsión de una excepción a la aplicación de la directiva, bien en la directiva misma, bien como consecuencia de la solución de un conflicto de normas.

Y ello porque la búsqueda del efecto útil del Derecho comunitario impide la agregación a los servicios regulados (obras, servicios o suministros) de aquellas notas propias del derecho nacional que permitan evadir la armonización de esas mismas legislaciones nacionales.

Dicho de otra forma, la habilitación para la prestación de un servicio de interés económico general que conlleva necesariamente la realización de un servicio que constituye el objeto de un tipo contractual cuya adjudicación se encuentra sujeta a regulación

²⁶⁸ “Porque la iniciativa privada que urbaniza no persigue tanto la urbanización como la producción de unidades finales de aprovechamiento urbanístico susceptibles de apropiación privada (solares) y de las edificaciones que materializan tal aprovechamiento. Ocurre que siendo aquellas unidades y estas edificaciones bienes que, para existir como tales y poder desplegar la funcionalidad que les es propia, precisan estar conectadas a la correspondiente red de infraestructuras y servicios, es decir, estar urbanizadas, la ejecución de la urbanización es un presupuesto indispensable de la producción de tales bienes. De modo que por ello mismo puede articularse ésta como contribución a la acción urbanística pública; contribución, que se cifra en la puesta a disposición de la Administración de la urbanización realizada”. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad...”. *op. cit.*, p. 80

armonizada, debe entenderse como la integración por el legislador estatal de dos procedimientos de adjudicación: el de elección del operador del SIEG y el de elección del contratista en un mercado público. Pero como la integración voluntaria por la autoridad nacional de ambos procedimientos no puede conllevar la exclusión de los efectos vinculantes de la directiva, el resultado necesario consiste en la sujeción de este procedimiento integrado a las reglas procedimentales que marcan la armonización²⁶⁹.

La solución al problema fue vislumbrada por el legislador valenciano, que optó por diferenciar claramente ambos procedimientos: selección del operador o urbanizador y selección del proveedor del operador o constructor.

No obstante, los asuntos *Roanne* y *Comisión contra Francia* nos revelan que es muy difícil sustraerse del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, ya que en el ámbito urbanístico la práctica totalidad de las actuaciones a desarrollar son subsumibles en los tipos contractuales de obras o servicios.

Esta dificultad quedó nuevamente patente en la sentencia del TJUE de 26 de mayo de 2011, en la que se desestima la demanda por incumplimiento formulada por la Comisión Europea contra el Reino de España, fundamentando el fallo en que la Comisión Europea no ha aportado al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste pueda verificar la existencia del incumplimiento²⁷⁰.

Con independencia de la causa de desestimación de la demanda (incumplimiento de la carga acusatoria), el Tribunal deja entrever en el hilo argumental de la sentencia una continuidad con la línea jurisprudencial anteriormente estudiada, dado que expresa su parecer acerca de la posible calificación de las actividades del agente urbanizador como actividades propias de los contratos públicos de servicios, de ahí que la Comisión debiera probar

²⁶⁹ Cfr. José María BAÑO LEÓN, "La figura del contrato en el Derecho Público...", *op. cit.*, pp. 18 y 19.

²⁷⁰ STJUE de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra España*, C-306/2008, apartado 94.

debidamente que el objeto principal del contrato es la ejecución de una obra y no la prestación de servicios²⁷¹.

La rectificación normativa de la situación actual pasaría, por lo tanto, por la inclusión en la Directiva 2004/18/CE de un tipo contractual específico²⁷², por la aprobación de una norma horizontal sobre los SIEG²⁷³, o por la regulación armonizada de este concreto servicio económico de interés general²⁷⁴, pudiendo preverse en esta regulación normas de aplicación horizontal entre particulares que sujeten al operador a la obligación de tramitar un determinado procedimiento de adjudicación para la perfección de contratos de obras de urbanización o de servicios o suministros vinculados al servicio de interés general, en términos semejantes a los previstos en la Directiva 2004/17/CE para los titulares de derechos especiales o exclusivos en los sectores especiales.

B. La necesaria consideración por el TJUE de la definición de los Estados miembros de la actividad urbanística como servicio de interés económico general

Del análisis de la jurisprudencia del TJUE expuesta, se concluye que el Tribunal europeo es absolutamente insensible a la existencia de una misión específica de interés general en la promoción urbanizadora.

²⁷¹ STJUE de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra España*, C-306/2008, apartado 96.

²⁷² Defiende esta solución GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, desde el entendimiento de que actualmente existe una laguna jurídica en el sistema comunitario de contratación pública que impide confrontar el contrato urbanístico con las Directivas comunitarias de contratación pública, y propone que se regule un marco regulador básico a nivel europeo, “considerando la importancia que tiene en toda Europa hoy en día la materia urbanística y los problemas de interpretación que está originando”. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 592.

²⁷³ En relación a las propuesta de aprobación de una norma de armonización horizontal de los SIEG, *vid.* Antonio SEGURA SERRANO, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

²⁷⁴ Solución esta última propuesta por José Antonio TARDÍO PATO, “en atención a las importantes especialidades de la materia. Con ello no sólo se abordarían con mayor rigor dichas especialidades, sino que también se garantizaría una mayor seguridad jurídica, que evitaría, a buen seguro, la apertura de nuevos expedientes de incumplimiento en este ámbito”. *Vid.* “La STJUE de 26-5-2011...”, *op. cit.*, p. 210.

El Tribunal rechaza sistemáticamente los argumentos nacionales relativos a la existencia de una específica misión de interés general, y lo hace sin mentar, tan siquiera, al artículo 86 TCE (hoy 106 del TFUE) ni, mucho menos, efectuar una ponderación mínimamente razonada de los juicios de proporcionalidad contenidos en el citado artículo.

Ante tal omisión, el Tribunal de Justicia juzga directamente la legislación nacional desde la óptica del derecho derivado, aplicando inexorablemente el silogismo expuesto en el apartado anterior²⁷⁵.

Consideramos erróneo tal proceder, ya que la apelación nacional a la definición de la promoción urbanística como SIEG exige un primer juicio acerca de la posibilidad de aplicar la derogación eventual de las normas de libre circulación contenida en el artículo 106 del TFUE.

Este juicio tendría por objeto verificar que el cumplimiento de la misión específica de interés general definida en la norma nacional (creación de suelo o urbanización) no podría satisfacerse con sujeción a las normas de Tratado relativas a la libertad de circulación.

Únicamente una vez efectuado el juicio de proporcionalidad, y de resultar este desfavorable a la excepción de la aplicación de las normas del Tratado, cabrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho derivado.

Y es que no cabe confundir un acto de naturaleza contractual con una decisión previa de regulación del servicio mediante la que, previa ponderación de los intereses nacionales y comunitarios enfrentados, se acuerda detraer un determinado ámbito material de las reglas del Tratado *ex* artículo 106.2 TFUE²⁷⁶.

²⁷⁵ La habilitación para la promoción urbanística conlleva un mandato para la prestación de un servicio ordinario, y la armonización de un servicio ordinario exige para su excepción de un acto normativo de sentido inverso. En tanto la directiva de contratos públicos no prevén excepción alguna para la promoción urbanística, dicho acto de habilitación se encuentra sujeto a la misma.

²⁷⁶ Confusión advertida por Luciano PAREJO ALFONSO, quien afirma, en relación a la STJUE recaída en el asunto *Ordine degli Architetti*, que “hay en la argumentación del Tribunal un salto del plano

El enjuiciamiento de un acto de adjudicación de un contrato y de una decisión normativa nacional de definición de un SIEG y de apelación al artículo 106.2 TFUE han de partir de criterios interpretativos dispares y deberán tener en cuenta diferentes valores a ponderar, con independencia de que el bien jurídico protegido sea el mismo: la libertad de circulación.

En la decisión del Estado de excluir el servicio de la aplicación de las normas del Tratado en base al artículo 106.2 TFUE pesan razones vinculadas a la definición de la misión de interés general y a ciertas referencias del mercado o de escasez de recursos que le llevan a concluir que la aplicación de las normas de competencia imposibilitarían, de hecho o de derecho, la satisfacción de dicha misión.

Por el contrario, en el acto de definición de la prestación en la que se concreta el servicio de interés económico general los intereses a tener en cuenta son otros, y consisten en la identificación de los parámetros de calidad y universalidad del servicio, así como de la tutela de los restantes intereses públicos afectados por su prestación (medioambiente, tutela de bienes públicos, finanzas públicas...).

Es cierto que en la decisión municipal de definición concreta de las prestaciones puede pesar la identidad del operador, pero ello no convierte necesariamente la relación en contractual, sino que evidencia fallos en la regulación del servicio en la medida en la que introduce ámbitos de discrecionalidad que pueden dar lugar a discriminación.

Pero de ser así, el acto a enjuiciar sería la regulación nacional que determina la exclusión de las normas del Tratado y que permite (aún potencialmente) la discriminación. Es decir; el acto legislativo, no contractual, en el que se concreta el otorgamiento del derecho exclusivo o el trato legal diferenciado.

Consecuentemente, en el supuesto de que la legislación nacional otorgue o prevea el otorgamiento a los propietarios del suelo del derecho exclusivo para el ejercicio de la actividad urbanística o en los supuestos en los que la regulación nacional

del servicio (actividad, prestación) al de la obra que se cumple sin la más mínima justificación”, “La cuestión de la constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 97.

establezca un trato privilegiado, la primera norma de contraste no sería la correspondiente directiva aplicable por razón de la materia, sino la normas del Tratado que prohíben la discriminación por razón de nacionalidad y el propio artículo 106.2 TFUE.

Únicamente una vez efectuada esta valoración, y nunca antes, entrará en juego el Derecho derivado.

El obviar esta circunstancia conlleva pronunciamientos tan difícilmente inteligibles como el mantenido por el TJUE en el asunto *Scala* y, a su vez, a un rosario de incumplimientos fruto de la incapacidad del legislador nacional de comprender aquello que el Tribunal europeo intuye más que razona.

2. En relación al alcance de las peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo

La definición por las Comunidades autónomas de las peculiaridades y excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo como un supuesto de atribución directa del título habilitante para el desarrollo de la actividad urbanística conlleva de forma evidente una excepción a las normas del Tratado relativas a la libertad de circulación.

En tanto la actividad urbanística tiene la consideración de servicio económico de interés general, de acuerdo con el artículo 106.2 TFUE sería teóricamente posible su regulación al margen de las normas del Derecho de competencia y de libertad de circulación, por lo que, con carácter previo a evaluar si los servicios ordinarios en los que se desagrega esta actividad se encuentran o no armonizados, es necesario validar la proporcionalidad de la excepción.

De confirmarse la exclusión de la regulación del servicio de la aplicación de las normas del Tratado por aplicación del artículo 106.2, decaería inmediatamente la eficacia de las directivas de contratación pública.

Pero para ello es preciso comprobar si en la atribución directa del SIEG a los propietarios del suelo concurren los requisitos exigidos por el artículo 106.2 TFUE para tal detracción de las normas de libertad de empresa.

Anteriormente estudiamos cómo la excepción prevista en el artículo 106.2 exige que la sujeción a las normas del Tratado impida, de hecho o de derecho, la consecución de la misión específica de interés general encomendada al servicio.

En la actualidad es muy difícil sostener que la atribución directa al propietario del suelo de la facultad de urbanizar es imprescindible para la consecución del interés público presente en la actividad urbanística, ya que no es imaginable un supuesto en el que el interés público no se pueda conseguir igualmente si es un tercero el que realiza las obras de urbanización o las actuaciones técnicas de diseño y gestión.

La necesidad o conveniencia de tener en cuenta a los propietarios del suelo en el diseño y gestión de la actividad urbanística puede satisfacerse igualmente reforzando su presencia en los mecanismos ordinarios de participación pública²⁷⁷.

Asimismo, las razones económicas y financieras que históricamente han implicado a la propiedad inmobiliaria en la gestión urbanística tampoco pueden considerarse hoy en día suficientes, tanto por la evolución de las fuentes y mecanismos de financiación como por la consolidación en el mercado de numerosas entidades de solvencia y capacidad probada²⁷⁸.

Por último, un rápido análisis de las legislaciones urbanísticas autonómicas evidencia la existencia de diversas técnicas urbanísticas en las que no se produce dicha reserva y que han acreditado un nivel de eficacia equivalente al buscado sin llegar a restringir la libertad de circulación. Concretamente, en el supuesto de la legislación valenciana se ha acreditado que un sistema de gestión urbanística puede funcionar sin prever excepción alguna a favor de los propietarios del suelo²⁷⁹.

²⁷⁷ Tal y como exige el Informe del Parlamento Europeo de 20 de febrero de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas, 2008/2248(INI).

²⁷⁸ Cfr. José Ramón PARADA, “La privatización del urbanismo español”, *Documentación Administrativa*, núm. 252-253 (septiembre 1998 – abril 1999), pp. 105-147; 106.

²⁷⁹ Tal y como evidencian los estudios estadísticos realizados por Gerardo ROGER FERNÁNDEZ, “La producción de ciudad en el sistema

Y si no existe imposibilidad de hecho o derecho en la consecución de la misión específica encomendada a la gestión urbanística, o si existen alternativas en la regulación del servicio que con una menor afección a las libertades fundamentales obtienen un nivel de eficacia equivalente, debemos concluir que la interpretación del artículo 6 TRLS 2008, según la cual las peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo pueden consistir en el otorgamiento del derecho exclusivo de desarrollo de la actividad, no es acorde con el Derecho comunitario europeo.

Un último argumento, y nada desdeñable, es el ya apuntado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Comisión contra Italia*, y según el cual la vinculación de la acción urbanística a la propiedad del suelo conlleva un riesgo de discriminación por razón de la nacionalidad, en tanto prima a las empresas establecidas en el Estado de prestación del servicio. A lo que habría que añadir el muy notable riesgo de discriminación implícito en la técnica de calificación y delimitación del suelo y de definición de las condiciones de urbanización.

Por todo ello, la necesaria interpretación integradora del Derecho comunitario y el Derecho nacional conlleva que las únicas peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo consistirán en un *status* reforzado en los mecanismos de participación *ute cives*, en la medida en la que dicha participación no constituye un servicio económico sujeto a las normas del Tratado reguladoras de la libertad de circulación²⁸⁰.

3. Sujeción del procedimiento previsto para el otorgamiento del título habilitante previsto en el artículo 6 TRLS 2008 a la Directiva 2004/18/CE

urbanístico español y valenciano”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002, pp. 257-287 o por Alejandro Javier CRIADO SÁNCHEZ, *El agente urbanizador en el Derecho Urbanístico español*, Editorial Reus, Madrid, 2005, pp. 202 y ss.

²⁸⁰ Precisamente por su falta de relevancia para el Derecho comunitario, también tendrían cabida dentro de las peculiaridades o excepciones la excepción licitatoria a favor del propietario del suelo de aquellas actuaciones urbanizadoras que, por su escasa entidad económica, carecen de un interés transfronterizo cierto, tales como la ejecución de las obras necesarias para que la parcela tenga la condición de solar.

Ora de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria estudiada, ora con el resultado aventurado del juicio de proporcionalidad implícito en el artículo 106 TFUE, la calificación de la actividad urbanística como servicio de interés económico general no es suficiente para evitar la aplicación de las directivas comunitarias de contratación pública.

En efecto, cuando el otorgamiento del título habilitante conlleva un mandato para realizar prestaciones propias de los contratos de obras, servicios o suministros, el efecto útil de la directiva determina su aplicación prevalente sobre las consideraciones relativas al interés general definido por las autoridades locales.

Consecuentemente, la legislación autonómica que desarrolle el procedimiento previsto en el artículo 6 del TRLS 2008 para el otorgamiento del título habilitante deberá tener en cuenta la posible armonización de los servicios ordinarios cuya prestación conlleva necesariamente dicho título, con la finalidad de apreciar la necesaria adecuación del procedimiento a las exigencias de la Directiva 2004/18/CE.

Desde esta perspectiva, la remisión que el citado artículo 6 hace a la legislación correspondiente debe leerse como una inhibición del legislador estatal a transponer a la legislación básica la doctrina jurisprudencial expuesta, trasladando la responsabilidad de tal transposición a las Comunidades autónomas.

Paralelamente se produce la ruptura de la tradicional homologación entre los tipos contractuales previstos en el Derecho comunitario y la legislación contractual básica, evitando así la calificación de la relación de la Administración con el agente urbanizador como contrato mixto de obra y servicios, tal y como exigiría la aplicación de la doctrina vertida en el asunto *Roanne*²⁸¹.

²⁸¹ Esta homologación limitaría desproporcionadamente la autonomía política de las CCAA para el ejercicio de sus competencias estatutarias en materia de urbanismo, lo que ha planteado dudas acerca de su constitucionalidad. Cfr. José Luis MARTÍNEZ MORALES, “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas *versus* la autonomía urbanística de las Comunidades Autónomas. El caso de la LRAU”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001- abril 2002, pp. 109-142, 122 y ss. Defienden asimismo esta ruptura con la

De todo lo anterior se desprende que la definición contenida en el TRLS 2008 de la iniciativa privada en la actividad urbanística como servicio económico de interés general no modifica las consecuencias hasta ahora extraídas de la jurisprudencia comunitaria.

Por mucho que se califique la actividad urbanística como SIEG, si el título habilitante al que se refiera el artículo 6 TRLS 2008 conlleva la realización de actividades que constituyan el objeto propio de un contrato de obras, servicios o suministro, será de aplicación la Directiva 2004/18/CE, por lo que el margen de autonomía de las comunidades autónomas para diseñar los instrumentos de gestión urbanística se verá fuertemente constreñido por la normativa comunitaria de contratación pública²⁸².

Por ello, la anunciada quiebra del principio de igualdad preconizada en relación con el artículo 6 del TRLS 2008 se evitaría gracias al puntal del Derecho comunitario, que en su labor de unificación del mercado comunitario termina evitando, a la postre, el fraccionamiento del mercado nacional.

transposición del tipo de obra pública en la configuración de la relación contractual onerosa del agente urbanizador GÓMEZ-FERRER MORANT, *op. cit.*, pp. 56 y ss y José María GIMENO FELIÚ, “El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, mayo-agosto 2007, pp. 63-100; 87.

²⁸² Consecuencia de la ya anteriormente denunciada invisibilidad a los ojos del TJUE de la misión de interés general ínsita en la legislación urbanística.

SEGUNDA PARTE
**PROMOCIÓN URBANÍSTICA, MERCADO PÚBLICO
DE MANO PRIVADA**

CAPÍTULO I
**LA LABOR JURISPRUDENCIAL DE EXPANSIÓN
DEL MERCADO PÚBLICO A LAS RELACIONES
CONTRACTUALES *INTER PRIVATOS***

I. LAS NUEVAS CUESTIONES SUSCITADAS

A lo largo de las páginas anteriores se ha defendido que la iniciativa privada en la actividad de urbanización constituye -y así se denomina por el legislador estatal- un servicio de interés económico general (SIEG).

Asimismo, se ha defendido que en el SIEG “iniciativa privada para la actividad urbanística”²⁸³ es posible distinguir entre dos niveles de operadores de mercado: el operador del SIEG (agente promotor) y el proveedor del operador (empresario constructor). De tal forma que el estatuto del promotor urbanístico o agente urbanizador se correspondería con el estatuto de prestador de un servicio de interés económico general. Y la causa de esta relación estatutaria sería la consecución de la misión de interés general identificada normativamente como el objeto específico del servicio económico de interés general: la creación de suelo apto para la edificación²⁸⁴.

Por otra parte, afirmábamos que, en la medida en la que la prestación del SIEG se desagrega en la realización de ciertas actividades remuneradas (obras, suministros o servicios) puede afirmarse que el SIEG se encuentra materialmente definido por la agrupación finalista de servicios ordinarios.

²⁸³ Preámbulo del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, & IV, párrafo tercero.

²⁸⁴ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 80.

Para la prestación de estos servicios ordinarios (instrumentales respecto de la consecución de la misión de interés general) el operador de primer nivel (urbanizador) puede necesitar acudir al mercado, para lo cual contratará con un operador de segundo nivel o proveedor del operador (ej. empresario constructor, equipo redactor de los proyectos de urbanización y equidistribución, etc.).

Pero la relación surgida entre el operador del SIEG y el proveedor del operador ya no será una relación equivalente a la nacida entre la Administración y el operador. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto desde el primer momento por la doctrina española, particularmente por PAREJO ALFONSO, quien destaca que la actividad de prestación por un operador privado de un servicio público impropio constituye una modalidad de “ejercicio privado de función pública en el sentido más estricto de esta expresión” y, por lo tanto, sujeta íntegramente al derecho privado, replegándose la actividad sujeta al derecho administrativo “a la dimensión de la dirección y supervisión”²⁸⁵. De acuerdo con este autor, la ausencia de una Administración pública o del ejercicio de una función pública determina el carácter privado de la relación y, por lo tanto, su no sujeción al derecho público de contratación²⁸⁶.

Por el contrario, la jurisprudencia comunitaria entiende que en el mandato otorgado por la Administración al urbanizador para la prestación del servicio de interés económico general se contiene un mandato expreso para la prestación de servicios ordinarios de mercado²⁸⁷. Y en la medida en la que dichos servicios constituyen el objeto de un tipo contractual sujeto a regulación armonizada, la búsqueda del efecto útil de las directivas puede conllevar la extensión de su aplicación a la totalidad de las relaciones jurídicas,

²⁸⁵ Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de constitucionalidad... *op. cit.*, pp. 92 a 94.

²⁸⁶ En el mismo sentido. *Vid.* Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE... *op. cit.*, pp. 20 a 26.

²⁸⁷ Que, sin embargo, el TJUE califica de mandato expreso, al asegurar que “*En efecto, en este caso, con arreglo a los acuerdos celebrados con el Ayuntamiento que lo exoneran de la contribución a las cargas de urbanización como contrapartida por la realización de una obra de urbanización pública, debe considerarse que el urbanizador ha recibido un mandato expreso del Ayuntamiento para la construcción de dicha obra*”. STJUE 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, apartado 100.

ya sean del primer nivel (elección del operador) o, alternativamente, de segundo nivel (proveedor del operador)²⁸⁸.

Ahora bien, la sujeción de ambos niveles de mercado y de sus correspondientes estatutos jurídicos a un único régimen jurídico contractual determina ciertos problemas de subsunción de las figuras relacionales propias del derecho urbanístico en los tipos y categorías del derecho comunitario de contratación²⁸⁹.

Esta situación se agrava como consecuencia de las reacciones legislativas a las nuevas tendencias jurisprudenciales, que han dado lugar a soluciones normativas cuya concepción únicamente se explica desde el deseo de evitar la aplicación del derecho comunitario.

El paradigma de este fenómeno de huída del derecho comunitario²⁹⁰ lo aporta la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, que pretende evitar la argumentación del mandato implícito, prohibiendo al urbanizador la realización de los servicios ordinarios de mercado que pudieren recaer dentro del ámbito objetivo de la Directiva 2004/18/CE. De acuerdo con la Ley urbanística valenciana, el mandato otorgado por la Administración al operador del SIEG no podrá conllevar la ejecución de obras de urbanización cuando el importe de dichas obras rebase los umbrales de armonización comunitaria. En este caso la ejecución se encuentra legalmente reservada al empresario constructor, cuya selección se regirá por la legislación contractual básica.

²⁸⁸ Dado que, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial, las directivas de contratación pública no requieren que el contratista ejecute las obras con sus propios medios. *Vid.* STJUE de 14 de abril de 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/1992; de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, C-176/1998; de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, o la STJUE de 18 de enero de 2007, *Comune de Roanne*, C-220/2005.

²⁸⁹ Dificultad esta que ha llevado a afirmar a GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ que actualmente existe una laguna jurídica en el sistema comunitario de contratación pública en la regulación del contrato urbanístico. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 587-593.

²⁹⁰ *Vid.* José María BAÑO LEÓN, “La figura del contrato en el Derecho Público: nuevas perspectivas y límites”, en el libro colectivo *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004, pp. 11-29; 19.

El legislador valenciano hace suya a través de esta regulación la solución propuesta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Ordine degli Architetti y otros*, según la cual “no es necesario, para que se respete la Directiva en caso de realización de una obra de urbanización, que la propia Administración municipal deba necesariamente aplicar los procedimientos de contratación previstos por dicha Directiva. La eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la Administración municipal en virtud de dicha Directiva”²⁹¹.

No obstante, la transposición legal de esta doctrina jurisprudencial no ha supuesto la erradicación de la conflictividad de la figura. Al contrario, podría afirmarse que la introducción de elementos nuevos -tales como la sujeción de un ente puramente privado a mecanismos jurídico-públicos de formación de la voluntad contractual- emborrona todavía más la ya difusa naturaleza del promotor de la urbanización.

El resultado de esta dialéctica entre las legislaciones nacionales y la jurisprudencia comunitaria es la creación de un espacio sujeto a una regulación difusa y poco consistente, producto de media docena de sentencias recaídas sobre las muy específicas y divergentes legislaciones urbanísticas nacionales que no han logrado, a día de hoy, modificar la inercia, y aún renuencia, de las tradiciones urbanísticas nacionales²⁹².

Por ello, tal vez sería conveniente la intervención normativa de la Comisión al amparo del artículo 106.3 del TCE, introduciendo en el Derecho comunitario un régimen específico de

²⁹¹ STJUE 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, apartado 100.

²⁹² Cfr. Julio TEJEDOR BIELSA, “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción”, *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril 2010, pp. 83-133.

los servicios urbanísticos, bien como SEIG, bien como tipo específico dentro de la regulación de los contratos públicos²⁹³.

II. LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE CONTRATO

El concepto comunitario de contrato está íntimamente vinculado a la realización del mercado interior y al derecho de competencia, de tal forma que no existe mercado si no existe intercambio de bienes y servicios y tal intercambio no se puede articular si no es, precisamente, a través de un contrato²⁹⁴. La regulación de las relaciones contractuales, por lo tanto, constituye un elemento estratégico en la configuración del mercado interior, dado que será en esta regulación donde se ubican una parte significativa de las barreras y discriminaciones a suprimir.

Ello justifica la regulación comunitaria de ciertos aspectos de la actividad contractual (protección de consumidores y usuarios, defensa de la competencia o contratación pública) así como la necesidad de una interpretación autónoma del derecho contractual comunitario que garantice una verdadera primacía sobre las regulaciones nacionales potencialmente discriminatorias²⁹⁵.

²⁹³ Propuesta esta última planteada por Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ en *Urbanismo y Ordenación del Territorio*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 444.

²⁹⁴ Cfr. Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, "Mercado interior, contrato y derecho de la competencia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Enero-junio de 2006, pp. 101-120; 101.

²⁹⁵ En el ámbito propio de la contratación pública la justificación de la regulación se contiene en el Considerando segundo de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en los siguientes términos: "La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una

No obstante la indudable importancia del contrato en el acervo europeo y su necesaria autonomía conceptual respecto de las definiciones nacionales, hoy en día no existe una definición comunitaria de contrato, sino múltiples y sectoriales regulaciones que carecen de un marco común de referencia²⁹⁶.

La ausencia de un marco común de referencia en materia de contratos produce “diferencias de estilo, de razonamiento y de formación jurídica verdaderamente diversas que no sólo se manifiestan en la diversidad entre el Derecho continental y el *common law*, sino que son mucho más profundas y se oponen frontalmente a la imposición de un texto común “desde arriba”²⁹⁷.

Estas diferencias dificultan la integración de los mercados nacionales en un mercado único, dado que, en ausencia de un marco común, los operadores tienden a interpretar el derecho comunitario desde las claves del modelo contractual propio de la tradición jurídica del Estado al que pertenecen, lo que es fuente de conflictividad y, a la postre, de inseguridad jurídica y económica.

La situación descrita ha dado lugar en los últimos años a un intenso debate político y doctrinal acerca de la conveniencia de la formación de un Derecho europeo de contratos, si bien el camino hacia la unificación se prevé largo y lento²⁹⁸.

Lógicamente, la contratación pública no es ajena a esta indeterminación conceptual, y en la medida en la que el contrato público bebe de las fuentes de la teoría general de los contratos, la ausencia de un modelo contractual comunitario lo suficientemente

determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado”.

²⁹⁶ Cfr. Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, p. 109.

²⁹⁷ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “El lento camino hacia europeización del Derecho de los contratos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomos XLV-XLVI, 2004/2005 y 2005/2006, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, La Ley, 2009, pp. 257-285; 265.

²⁹⁸ Cfr. José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, P. 277.

definido arroja al operador del derecho a la lógica de las estructuras o sistemas nacionales²⁹⁹.

Un claro ejemplo lo tenemos en la Directiva 2004/18/CE³⁰⁰, que en su artículo 1.2 define a los contratos públicos como “los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva”. Y, si bien la Directiva recoge la definición expresa de operador económico (art. 1.8), poder adjudicador (art. 1.9) y obras, servicios y suministros (art. 1, apartados 2 a 7 y Anexos I y II), omite toda definición de contrato oneroso.

La cuestión no es puramente teórica, y en España ha aflorado en la delimitación entre las figuras de contrato y convenio administrativos.

Particularmente, en el seno del debate surgido en con ocasión de la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001, asunto *Ordine degli Architetti y otros*, y del auto de 15 de octubre de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, se cuestionó desde la más autorizada doctrina la naturaleza contractual de los convenios de colaboración suscritos entre la figura del Agente urbanizador y la Administración urbanística³⁰¹.

²⁹⁹ Carencia de la que se hace eco el Abogado General sr. Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, en las conclusiones presentadas el 8 de noviembre de 2006 en el asunto C-412/04, cuando afirma:

“55. Más difícil parece entender la ausencia de una normativa común para cualquier contrato público que recoja indicaciones sobre la igualdad de oportunidades, sobre la interdicción de la discriminación, sobre la transparencia y sobre la publicidad, haciendo las salvedades necesarias, pues tales indicaciones redundarían en beneficio de los propósitos comunitarios, sin generar inconvenientes insalvables”.

³⁰⁰Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

³⁰¹ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE... *op. cit.*”, p. 17 o Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional...”, *op. cit.*, pp. 231-256. Cabe destacar la opinión

Uno de los principales argumentos esgrimidos en su momento fue el relativo a la fuente de la obligación, que en el caso del cumplimiento de los deberes urbanísticos dimanara de la ley, no de la concurrencia de voluntades perfeccionada en el convenio. De acuerdo con la argumentación expuesta, el convenio urbanístico se limitaría a concretar el alcance de tal deber legal, pero no daría lugar a obligaciones nuevas y distintas para los particulares, por lo que debería calificarse como negocio de fijación³⁰².

Dicha argumentación responde de forma impecable a la estructura conceptual propia de nuestro derecho de obligaciones, si bien adolece de correspondencia con el concepto autónomo de contrato del Derecho comunitario.

A este respecto es necesario recordar que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA ya habían advertido tiempo atrás que las fronteras entre el contrato y el convenio administrativo varían en función del modelo contractual de referencia, por lo que:

“Una conclusión general no resulta fácil, y remite en realidad a una determinada idea de la institución contractual. Si como tal se entendiese el cuadro meramente formal de la creación de un vínculo jurídico entre dos o más partes a través de una declaración de voluntad común, no cabe duda que los conciertos de administración serían siempre verdaderos contratos. Si se exige como elemento del concepto, de manera más concreta, que ese vínculo se articule a través de un mecanismo de enlace causalizado de

mantenida por Roberto O. BUSTILLO BOLADO, para quien los convenios urbanísticos participan de la naturaleza de contratos administrativos sinalagmáticos, siempre y cuando su objeto recaiga en una competencia discrecional, no reglada. Cfr. Roberto O. BUSTILLO BOLADO y José Ramón CUERNO LLATA, *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 86 y ss.

³⁰² De acuerdo con la diferenciación entre contrato y convenio defendida en la obra de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, 10 edición, Madrid, 2000, pp. 671 y ss.

prestaciones obligacionales, precisamente, la cuestión puede hacerse problemática en algunos supuestos, no en todos³⁰³.

Otro ejemplo lo encontramos en el asunto *Comisión contra España*, C-84/2003, en el que el TJUE puso de manifiesto la improcedencia de excluir del ámbito de la contratación pública los convenios de colaboración entre Administraciones cuyo objeto fuere la realización de una obra, servicio o suministro³⁰⁴, considerando irrelevante a estos efectos que en el sistema jurídico español tales convenios conformen una modalidad no contractual de relaciones interadministrativas³⁰⁵.

Adicionalmente a las dificultades derivadas de las ausencias u omisiones del Derecho comunitario, el legislador nacional tampoco ha puesto empeño en la labor de la integración normativa de ambos sistemas jurídicos, insistiendo en definir el ámbito de la contratación pública en base al binomio cualidad del sujeto y régimen jurídico-público de su actividad, lo que conlleva inevitables desajustes con la normativa de armonización³⁰⁶.

En este escenario poco iluminado, el único camino cierto es el que parte de un concepto comunitario de contrato esencialmente funcional, orientado a la consecución de un mercado único europeo y objetivamente vinculado al concepto de servicio económico recogido en el artículo 57 TFUE³⁰⁷.

³⁰³ Eduardo GARCÍA De ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 688.

³⁰⁴ STJUE de 13 de enero de 2005, C-84/2003.

³⁰⁵ Vid. José Antonio MORENO MOLINA, "El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto 2006, pp. 45-91; 64 y ss.

³⁰⁶ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, "El ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratación del sector público", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto 2006, pp. 11-43; 15.

³⁰⁷ Marcos VAQUER CABALLERÍA, "La fuente convencional, pero no contractual op. cit., p. 235; Luciano PAREJO ALFONSO, "El ámbito subjetivo de aplicación... op. cit., P. 12 o José María BAÑO LEON "La figura del contrato en el Derecho Publico: Nuevas perspectivas y limites", en la obra colectiva *La contratación publica en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*. INAP. Madrid. 2004. pp. 11-29; 28.

III. CONTRATO PÚBLICO Y MERCADO PÚBLICO: APLICACIÓN HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. El fenómeno de expansión del mercado público

Tal y como expusimos anteriormente, el artículo 1.2 de la Directiva 2004/18/CE³⁰⁸ define a los contratos públicos como “los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva”.

La concurrencia de todos y cada uno de los elementos recogidos en la citada descripción determina la aplicación de la Directiva, de forma tal que la ausencia de uno sólo de dichos elementos conlleva su inaplicación³⁰⁹.

De aquí podría deducirse que, con independencia de que el contrato a perfeccionar tenga por objeto una obra o infraestructura, si el mismo se perfecciona entre dos operadores económicos y ninguno de ellos tiene la consideración del poder adjudicador, dicho contrato no se encontraría sujeto a regulación armonizada³¹⁰.

³⁰⁸Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

³⁰⁹ Vid. Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual... *op. cit.*, p. 236.

Asimismo, véanse, entre otras, las sentencias de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, C-44/96, apartado 20; de 10 Nov. 1998, *BFI Holding BV*, C-360/1996, apartado 20; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, apartado 69.

³¹⁰ A tal fin hay que recordar que el artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18/CE, define precisamente los contratos públicos como *los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores* (art. 1.2.a), por lo que los contratos en los que no interviene un poder adjudicador quedan, en principio, al margen de la definición de contrato público.

No obstante, a esta regla general se oponen numerosos supuestos en los que la normativa comunitaria de coordinación se aplica horizontalmente entre particulares, sin que sea necesaria la presencia de un poder adjudicador en la relación contractual.

Así, en supuestos como los previstos en el artículo 8 (contratos subvencionados) o 63 (contratos adjudicados por concesionarios de obra pública) de la Directiva 2004/18/CE, la actividad contractual de los particulares se sujeta a la normativa comunitaria de coordinación de contratos públicos.

Mucho más amplia es la proyección horizontal en la actividad contractual privada de la Directiva 2004/17/CE en el ámbito de los sectores del agua, de la energía, transportes y servicios postales, en los que las reglas de preparación y adjudicación han de ser respetadas por aquellas entidades que, sin ser poderes adjudicadores o empresas públicas, ejerzan entre sus actividades alguna de las contempladas en los artículos 3 a 7 de la Directiva y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro³¹¹.

Desde el punto de vista del derecho a la libertad de circulación, la aplicación horizontal entre particulares de las directivas de contratación pública implica reubicar relaciones particulares con vocación privada en el seno de un mercado público, entendiendo como tal el espacio relacional regulado por la legislación pública de contratación.

Debido a su incidencia sobre la autonomía de la voluntad, la decisión normativa de sujeción de la actividad contractual privada a las reglas de contratación pública debe justificarse suficientemente en la norma de coordinación, de tal forma que permita transmitir la labor de ponderación exigida por los principios de subsidiaridad y proporcionalidad³¹².

En los supuestos mencionados, la justificación de la aplicación horizontal entre particulares de las normas de contratación pública se apoya en la situación de intensa

³¹¹ Art. 2.2.b) de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

³¹² Artículo 5 TUE.

dependencia en la que se encuentra una de las partes contratantes con respecto al poder público y que permite presuponer cierta capacidad de influencia sobre el operador económico en la formación de su voluntad contractual³¹³.

Esta capacidad de influencia del poder público, cuando es razonablemente suficiente como para corromper la libertad de prestación de servicios, es la que legitima la inclusión de la actividad contractual privada en el seno de un mercado público.

Ahora bien, los supuestos de extensión de las normas de contratación pública a la actividad contractual privada deben interpretarse restrictivamente en la medida en la que amparan una libertad, como la de circulación, que se predica de los particulares frente al poder público y no frente a otros particulares, respecto de los que únicamente cabe evocar el derecho de competencia.

Pero la riqueza de la práctica jurídica y la diversidad de las técnicas administrativas alumbradas por los ordenamientos nacionales han puesto de manifiesto que el mercado público tiende a expandirse más allá de los límites subjetivos que marca la legislación positiva, abarcando espacios tradicionalmente privados y cuya colonización iuspublicista únicamente ha encontrado límites en el objeto del contrato.

³¹³ Justificación que se explicita en los siguientes considerandos de la de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales:

“(2) Un motivo importante para introducir normas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en estos sectores se deriva de los diversos modos en que las autoridades nacionales pueden influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital o una representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión.

(3) Otro de los motivos principales por los que es necesaria una coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos que aplican las entidades que operan en estos sectores es el carácter cerrado de los mercados en que actúan, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición, o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate”.

2. Las “técnicas” jurisprudenciales de expansión del mercado público

A. Expansión del mercado público e intercambiabilidad de las técnicas administrativas

Una de las causas del fenómeno jurisprudencial de expansión del mercado público puede encontrarse en la búsqueda del efecto útil de las Directivas como reacción frente a la fecundidad del principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas.

En efecto, el crecimiento ilimitado de las políticas sociales, la identificación y regulación de intereses públicos en espacios tradicionalmente privados, las limitaciones presupuestarias e, incluso, la voluntad de esquivar ciertas exigencias del derecho comunitario explican la tendencia de los poderes públicos a valerse de sujetos privados para ejecutar o financiar obras o servicios de vocación pública.

Ante la amenaza que implica para la primacía del Derecho comunitario el empleo sistemático de estas técnicas administrativas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pronto recalcó el carácter autónomo de este derecho frente a los derechos nacionales, prescindiendo del ropaje conceptual de la legislación nacional y creando sus propias categorías e instituciones jurídicas.

Surge así el concepto funcional y amplio de poder adjudicador³¹⁴ como técnica de levantamiento del velo de la personalidad jurídica y, en lo que aquí nos ocupa, la más reciente apelación a las figuras de la sustitución, encomienda o mandato para explicar el ejercicio privado de ciertas funciones públicas.

Debe tenerse presente que no existe una definición comunitaria de sustitución o mandato, por lo que su aplicación para la explicación en clave contractual pública de ciertas relaciones en las que interviene un poder adjudicador o en las que

³¹⁴ SSTJUE de 17 de diciembre de 1998, *Comisión/Irlanda*, C-353/96, apartado 36; de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia*, C-237/1999, apartados 41 a 43; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, apartados 51 a 53; de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, apartado 43; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, apartado 53 y de 13 de enero de 2005, *Comisión/España*, C-84/2003, apartado 27.

no interviene en absoluto corre el riesgo de traspasar los lindes vetados de las relaciones de autoridad y de organización del poder público.

Nuestro derecho nacional ofrece un ejemplo de cómo un concepto amplio de mandato incluye figuras relacionales típicamente administrativas, como la encomienda de gestión y la delegación de competencias³¹⁵, perfectamente concebibles como “relación por la que una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra” (arts. 1709 y 1710 CC) y pese a lo cual son totalmente ajenas a las relaciones de mercado.

En el ámbito comunitario, las diferencias entre sustitución y mandato se han puesto de manifiesto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus pronunciamientos más relevantes sobre urbanismo³¹⁶, dado que ambas técnicas han permitido al Tribunal justificar la expansión del mercado público a las relaciones contractuales de segundo nivel surgidas en el seno de un servicio de interés económico general no armonizado (iniciativa privada para la actividad urbanística).

La apelación a estas técnicas para explicar las relaciones existentes entre la Administración, el operador del SIEG y el proveedor del operador, han permitido al Tribunal obviar la calificación de la actividad urbanizadora como servicio de interés económico general y, consecuentemente, evitar enjuiciar la apelación nacional al artículo 106.2 TFUE, tal y como defendimos en páginas anteriores.

En cualquier caso, la expansión jurisdiccional del mercado público allende sus cauces positivos originarios es relativamente reciente y no exenta de polémica. Desde la perspectiva del trabajo que aquí nos ocupa, y a modo de hitos de esta evolución jurisprudencial, destacamos las sentencias que se muestran a continuación.

³¹⁵ Vid. Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda”, *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990, pp. 7-102; 54.

³¹⁶ Asuntos *Roanne*, *Comisión contra Francia y Ordine degli Architetti y otros* ya citados.

B. El punto de partida: asunto Unitron Scandinavia. Disociación entre operador y proveedor del operador

Un claro ejemplo de la postura inicial del TJUE respecto de las propuestas de aplicación de las Directivas de contratación a las relaciones contractuales privadas surgidas en el marco del cumplimiento de las obligaciones de servicio público encomendadas al operador de un SIEG lo aporta la sentencia recaída en el asunto *Unitron Scandinavia*³¹⁷.

En la sentencia citada se analiza la sujeción de la actividad contractual de los mataderos daneses (DS) en su calidad de concesionarios de un derecho especial, a la Directiva 93/36, de coordinación de contratos públicos de suministro.

Con objeto de limitar el número de marcas auriculares autorizadas para el ganado porcino, la Dirección General de Veterinaria y los DS establecieron un procedimiento de adjudicación de los contratos de suministro de marcas auriculares para ganado porcino. En noviembre de 1996, los DS encargados de ponerlo en práctica, enviaron los documentos de la licitación a un número de potenciales proveedores y, al término del procedimiento, celebraron contratos de suministro con las empresas Allflex dan-mark ApS y Daploma A/S.

Unitron y 3-S, en su calidad de productores de marcas auriculares para ganado porcino, presentaron recurso ante la *Klagenævnet for Udbud*, alegando que los DS atienden un interés público y, en realidad, actúan por cuenta del Ministerio, de modo que se les debería asimilar a un poder adjudicador en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36. Con carácter subsidiario, las demandantes en el asunto principal sostuvieron que los DS deberían haber seguido el procedimiento previsto en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36.

En el seno del procedimiento seguido ante el órgano jurisdiccional nacional (*Klagenævnet for Udbud*) se acordó plantear ante el Tribunal de Justicia si, de acuerdo el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36, en los casos en que un poder

³¹⁷ STJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto *Danske Svineproducenters Serviceselskab y otros contra Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri*, C-275/98.

adjudicador encarga la administración de un régimen de mercado auricular de ganado porcino a una empresa privada que no es un poder adjudicador, el poder adjudicador debe establecer, por un lado, que la empresa deberá respetar el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad en los contratos de suministro que celebre con terceros y, por otro, que la adquisición de las mercancías a las que se refiere el régimen debe realizarse mediante licitación pública si el valor de los suministros es superior al valor umbral establecido en la Directiva 93/36 del Consejo.

Si bien el asunto examinado versa sobre un contrato de suministro, existe cierta analogía con la figura del urbanizador, consistente en las siguientes identidades:

- En ambos casos, las entidades privadas contratantes son titulares de un derecho especial o exclusivo para el desarrollo de un servicio de interés económico general: la gestión del sistema nacional de mercado de ganado porcino en el asunto *Unitrom Scandinavia* y la transformación urbanística del suelo en la figura del urbanizador.

- En ambos casos, la concesión de un derecho especial o exclusivo para el desarrollo del SIEG conlleva un mandato expreso de realizar una prestación susceptible de ser subsumida dentro del objeto de alguno de los tipos contractuales sujetos a coordinación comunitaria: suministro de marcas auriculares y ejecución de obras de urbanización.

No obstante la analogía expuesta, el tratamiento dado por el Tribunal es totalmente diferente en el asunto *Unitrom Scandinavia* y en los asuntos que comentaremos posteriormente relativos a la figura del urbanizador.

Así, en el asunto *Unitrom Scandinavia* el Tribunal, tras admitir que los DS no son un poder adjudicador en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36 argumenta:

“Por tanto, la obligación prevista en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/36, de aplicar los procedimientos de adjudicación que se definen en el artículo 1, letras d), e) y f), de dicha Directiva, no incumbe a una entidad como los DS.

28 Además, la Directiva 93/36, no contiene ninguna disposición comparable al artículo 3, apartado 3, de la Directiva 92/50, o al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), que obliga a los poderes adjudicadores a hacer cumplir las disposiciones de estas Directivas en el caso de determinados contratos adjudicados por entidades distintas de los poderes adjudicadores.

29 Al contrario, en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36, *cuando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad distinta de dichos poderes adjudicadores, únicamente se exige que el acto por el que dicho derecho se otorgue establezca que la entidad interesada deberá respetar el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esa actividad.*

30 *De la interpretación sistemática de dicha disposición se desprende que el poder adjudicador no está obligado a exigir a la entidad de que se trate que respete los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 93/36”.*

El Tribunal, por lo tanto, discierne perfectamente entre la relación surgida del otorgamiento del derecho especial de gestión del sistema de marcas y la relación surgida de la actividad contractual entre el gestor del sistema de marcas (operador del SIEG) y las empresas suministradoras (proveedoras del operador).

Asimismo, descarta la sujeción de la actividad contractual desarrollada por el operador del SIEG a las reglas del mercado público, argumentando que tal sujeción no se encuentra recogida en las Directivas de contratación pública, con independencia de que en el otorgamiento del derecho especial o exclusivo se hubiera respetado dichas Directivas.

Y ello a pesar de que el Tribunal valora la posible existencia de un mandato para la contratación de un suministro otorgado al

margen del Derecho comunitario³¹⁸ que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que expondremos a continuación, hubiera condicionado el sentido del fallo.

C. Asuntos Ordine degli Architetti y Comisión contra Francia; mandato vs. sustitución legal

La nítida separación entre las relaciones contractuales nacidas entre la Administración y el prestador del SIEG y entre este último y sus proveedores de servicios sufre una corrección a raíz de la sentencia recaída en el asunto *Ordine degli Architetti y otros*.

La peculiaridad de esta sentencia radica en la interpretación extensiva del ámbito del mercado público, que se extendería no sólo a las relaciones contractuales entre un operador económico y un poder adjudicador, sino también a las relaciones contractuales surgidas entre dos sujetos estrictamente privados “cuando la prestación del particular sea una alternativa a la realización por la Administración de una obra, un servicio o un suministro”³¹⁹.

Recordemos que en el asunto *Ordine degli Architetti y otros* el TJUE afirma que la eficacia de la Directiva 93/37/CEE³²⁰ se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las

³¹⁸ Que en el asunto *Unitrom Scandinavia* se hace notar en el apartado 10º de la sentencia, en el que se recuerda que el órgano jurisdiccional nacional señaló que “la atribución, por el Ministerio, de la gestión del sistema de marcas auriculares a una empresa probablemente hubiera debido ser objeto de un procedimiento de adjudicación con arreglo a la Directiva 93/36. No obstante, señaló que dicha cuestión no era objeto del procedimiento pendiente ante ella”.

³¹⁹ José María BAÑO LEON “La figura del contrato ...”, *op. cit.*, pp. 11-29; 26.

³²⁰ Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras

*obligaciones que incumben a este respecto a la Administración municipal en virtud de dicha Directiva*³²¹.

La solución planteada por el TJCE en el asunto *Ordine degli Architetti y otros* -e incorrectamente asumida por el legislador en la Ley Urbanística Valenciana- no es sino una propuesta de aplicación de la Directiva 93/37/CEE a las relaciones contractuales entabladas entre particulares, de forma tal que el urbanizador – particular designado directamente por la ley- debería seleccionar al constructor previa tramitación del procedimiento de adjudicación previsto en la Directiva.

Para ello el Tribunal pretende encontrar un soporte normativo, tarea que despacha afirmando que “esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas”³²², lo que no deja de constituir una mera apelación a la analogía, ya que en la sentencia en ningún momento se califica el contrato como de concesión de obra pública.

Debe advertirse que la solución propuesta en el asunto comentado es alternativa a la aplicación de la Directiva en la selección del urbanizador, de forma tal que, de seleccionarse el urbanizador con arreglo al procedimiento previsto en la misma, sería del todo punto innecesario su aplicación a la relación contractual surgida entre urbanizador y constructor.

Correlativamente, si el urbanizador se identifica normativamente de forma tal que no exista margen de elección del poder adjudicador, la aplicación de la Directiva a los contratos a perfeccionar entre el urbanizador y el constructor sería preceptiva.

³²¹ STJUE 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, apartado 100. Posición igualmente defendida por el Abogado General sr. Dámaso RUIZ-JÁRABO COLOMER en el escrito de conclusiones presentadas el 8 de noviembre de 2006 en el asunto C412/04, *Comisión contra Italia*, apartado 87.

³²² STJUE 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, apartado 100.

Ahora bien, esto no significa que el poder adjudicador pueda optar entre aplicar la Directiva en uno u otro caso³²³, ya que la doctrina vertida en el asunto *Ordine degli Architetti y otros* hace referencia, en realidad, a la figura de la sustitución legal.

La diferencia entre mandato y sustitución la clarifica el Tribunal en la sentencia recaída en el caso *Comisión contra Francia*, 20 de octubre de 2005³²⁴, que en el examen de la sujeción a la Directiva 92/50 de un contrato de mandato representativo, y ante el alegato del Estado Francés de la doctrina del asunto *Ordine degli Architetti y otros*, afirma:

“56. El razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en el apartado 100 de la sentencia *Ordine degli Architetti y otros*, antes citada, respecto de la aplicación de la Directiva 93/37, no desvirtúa esta conclusión. El Tribunal de Justicia observó que para que se respete dicha Directiva en caso de realización de una obra de urbanización en las circunstancias sobre las que debía pronunciarse, no es necesario que la propia Administración municipal aplique los procedimientos de adjudicación de contratos previstos en esa disposición. La eficacia de la Directiva queda igualmente garantizada siempre que la normativa nacional permita que la Administración municipal obligue al responsable de la urbanización, que es titular de la licencia de obras, a realizar las obras convenidas recurriendo a los citados procedimientos.

57. Esta apreciación fue realizada respecto de una normativa concreta en materia urbanística conforme a la cual la concesión de una licencia de obras exigía que su titular abonara una contribución a las cargas de urbanización derivadas de su proyecto. No obstante, el titular de la licencia

³²³ Hasta la aclaración de la doctrina del asunto *Ordine degli Architetti y otros* por la jurisprudencia posterior no quedó suficiente claro que ésta no era una posibilidad discrecional, lo que llevó a parte de la doctrina a defender ambas soluciones como alternativas. Cfr. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, “Gestión de planeamiento ...”, *op. cit.*, p. 66.

³²⁴ STJUE de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03. Esta diferenciación es alegada igualmente por la Abogada General sra. Juliane Kokott, presentadas el 15 de junio de 2006, *Jean Auroux y otros*, C-220/05, apartados 75 y 76.

podía comprometerse a realizar directamente las obras de urbanización imputando la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adeudada. En este último caso, el Tribunal de Justicia concluyó que se trataba de un contrato público de obra en el sentido de la Directiva 93/37. Sin embargo, *dado que el ayuntamiento no podía elegir quién se encargaría de llevar a cabo las obras de urbanización, ya que la Ley determinaba que esta persona fuera el propietario de los terrenos objeto de parcelación y titular de la licencia de construcción, cabía afirmar que el titular de la licencia, única persona autorizada, conforme a la Ley, para ejecutar las obras, podía gestionar los procedimientos de adjudicación en lugar del ayuntamiento, como alternativa al pago al ente municipal de la contribución a las cargas de urbanización. Esta situación es diferente de la contemplada en la Ley núm. 85-704, que deja al titular de la obra la posibilidad de elegir al mandatario y no establece obligaciones previas que puedan constituir una contrapartida a la remuneración del mandatario*".

El Tribunal diferencia claramente entre mandato -que presupone la existencia de un margen de discrecionalidad de la Administración en la procedencia de su otorgamiento y en la elección del mandatario- y sustitución, que presupone la inexistencia del tal discrecionalidad así como su predeterminación normativa.

Por lo tanto, de acuerdo con la sentencia *Ordine degli Architetti*, la legislación nacional dispondría de un amplio margen para determinar el sujeto encargado de cumplir con las obligaciones derivadas de las directivas de contratación pública, que podrá ser el poder adjudicador o su sustituto legal.

De tal forma que la legislación nacional podría desplazar el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva de contratación pública por el simple cauce de atribuir la ejecución del objeto de un contrato público a una determinada categoría de personas, cuya determinación individual se relega a la Administración planificadora (generalmente coincidente con la gestora) a través de la técnica de la delimitación.

Lo que nunca podría lograr la legislación nacional sería desplazar el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva de la Administración urbanística a un operador elegido

discrecionalmente a través de un procedimiento que no respete dicha Directiva, que es precisamente lo que hace la Ley Urbanística Valenciana.

La diferencia expuesta entre sustitución y mandato anticipa la descalificación por el TJUE de la figura del Agente Urbanizador valenciano, al tiempo que abre varias vías posibles en el desarrollo legislativo del artículo 6 del TRLS 2008.

D. Asuntos Jean Auroux y Comisión contra Italia

Tal y como hemos visto, en el asunto *Ordine degli Architetti* el Tribunal defiende la innecesidad de sujetar la relación entre Administración y urbanizador a las directivas de contratación, siempre que la selección del urbanizador venga predeterminada legalmente. En este caso, la obligación de aplicar la directiva únicamente recae sobre el operador privado.

En este estado de cosas, en el asunto *Jean Auroux y otros* se introduce una nueva variante: el operador tiene a su vez la condición de poder adjudicador (a diferencia del asunto *Ordine degli Architetti*, en el que se le reconocía la condición de operador privado).

Al reunir el operador la condición de poder adjudicador, se da satisfacción inmediata al condicionante impuesto por el TJUE en el asunto *Ordine degli Architetti*: que la legislación nacional permita *que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva.*

En este caso, *el encargado de la urbanización titular de la licencia* viene obligado -por su condición de poder adjudicador- *a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva.*

Por otra parte, el hecho de que la relación se entable por exigencia legal entre dos sujetos de mano pública minimiza su impacto sobre el mercado dado que, al fin y al cabo, todavía no se ha apelado a la iniciativa privada ni ha surgido la posibilidad de discriminar entre operadores privados de diferentes nacionalidades.

Ciertamente, en el asunto *Jean Auroux* la legislación

francesa no identifica a la otra parte conveniente, sino únicamente a una categoría de personas con las que se puede formalizar dicho convenio. Pero hemos de convenir que esta identificación legal tampoco concurre en la legislación italiana respecto del propietario de suelo, dado que la condición de propietario es una cualidad descriptiva de una categoría de personas -denominadas por tal motivo propietarios- pero que no permite por sí misma individualizar al sujeto de una relación contractual determinada. Por ello, en la legislación italiana el convenio urbanístico presupone igualmente un acto administrativo discrecional: la delimitación del ámbito espacial sobre el que se proyecta la urbanización y simultáneamente, y a través de esta delimitación espacial discrecional, la determinación de los sujetos propietarios de las fincas ubicadas en el mismo.

Esta analogía haría suponer que la doctrina del Tribunal sería coherente con la precedente apuntada en el asunto *Scala* y que no colocaría en peor situación el trato diferenciado a favor de un ente público que el dispensado a favor de un ente privado, permitiendo desplazar la aplicación de la Directiva de la selección del operador a la selección del proveedor del operador.

No obstante, el Tribunal no asume este postulado y ante la pregunta del órgano jurisdiccional remitente “si para celebrar un convenio como el controvertido en el litigio principal la entidad adjudicadora está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes”, argumenta:

“59 Con carácter preliminar, debe señalarse que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva son las que se mencionan expresamente en ella (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 43, y de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo* y *Consorzio Alisei*, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 45).

60 Ahora bien, la Directiva no contiene ninguna disposición comparable al artículo 6 de la Directiva 92/50, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos públicos

adjudicados, en determinadas condiciones, a entidades adjudicadoras (véanse las sentencias, antes citadas, *Teckal*, apartado 44, y *Carbotermo y Consorzio Alisei*, apartado 46).

61 Debe subrayarse que el artículo 11 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), prevé, en particular, una excepción para las entidades adjudicadoras que adquieran obras por medio de las centrales de compras definidas en el artículo 1, apartado 10, de la misma Directiva. Sin embargo, esta disposición no es aplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio principal.

62 Por consiguiente, la entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva ...”

Por lo tanto, el Tribunal concluye que la exención de sujeción a la Directiva, incluso en un supuesto de sustitución como el articulado a favor de las centrales de compras, exige de una previsión expresa en la Directiva de coordinación.

Esta conclusión es claramente discordante con la alcanzada en el asunto *Ordine degli Architetti*, en el que la alternativa planteada por el Tribunal eximía al Ayuntamiento de tramitar dicho procedimiento, tanto para la selección del urbanizador como del contratista del urbanizador, a pesar de no existir norma alguna que habilitase tal exención.

Ante la apelación del municipio de Roanne “al efecto útil” alcanzado en el asunto *Ordine degli Architetti y otros*, el Tribunal insiste:

“65 Tanto de las observaciones efectuadas por el municipio de Roanne como de las presentadas por los Gobiernos francés y polaco se desprende que, en su opinión, el efecto útil de la Directiva queda preservado en los casos en que, como en el presente asunto, una segunda entidad adjudicadora debe aplicar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras previstos en la Directiva en todos los contratos subsiguientes. Para garantizar la competencia efectiva, carece de relevancia el

que sea la primera entidad adjudicadora la que organice el procedimiento o una segunda.

66 En primer lugar, ha de recordarse que la Directiva no contiene disposiciones que permitan dejarla inaplicada en los contratos públicos de obras celebrados entre dos entidades adjudicadoras, aun suponiendo que la segunda entidad se vea obligada a subcontratar el valor total del mercado con sucesivos contratistas y a aplicar, a tal efecto, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos en la Directiva.

67 Asimismo, el convenio no prevé, en el presente caso, que la SEDL esté obligada a subcontratar la totalidad del contrato inicial a sucesivos contratistas. Por otro lado, como ha señalado acertadamente el Abogado General en el punto 72 de sus conclusiones, cuando una segunda entidad adjudicadora recurre a subcontratistas, no es infrecuente que el objeto de cualquier contrato sucesivo sólo represente una parte del contrato global. De esta circunstancia puede derivarse que el valor de los contratos subsiguientes, celebrados por la segunda entidad adjudicadora, sea inferior al que figura en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva. De este modo, podría eludirse la aplicación de la Directiva mediante la celebración de una serie de contratos sucesivos”.

Riesgo igualmente existente en el asunto *Ordine degli Architetti* y que, sin embargo, aflora en este caso como determinante del fallo.

Es cierto en que en esta última sentencia se aseguraba el efecto útil obligando *al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva*, lo que en principio eliminaría el riesgo de licitaciones parciales en cadena.

Pero también lo es que la actuación del urbanizador no se limita a la mera ejecución de la obra de urbanización, sino que asume toda una serie de prestaciones propias de los contratos de servicios, incluidas las funciones de representación y gestión, tal y como ponen de manifiesto las sentencias recaídas en los asuntos

Jean Auroux y otros y Comisión contra Francia aquí citadas³²⁵.

Y tal y como se desprende de la reciente sentencia de 21 de febrero de 2008 recaída en el asunto *Comisión contra Italia*³²⁶, la totalidad de dichas prestaciones -incluso en el supuesto de que su importe fuere inferior a los umbrales comunitarios y siempre que tuvieran un interés transfronterizo- deberían ser objeto de licitación, siendo totalmente improcedente su adjudicación directa a los propietarios del suelo ya que “la adjudicación, sin transparencia alguna, de este contrato a una empresa establecida en el Estado miembro de la entidad adjudicadora constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas situadas en otro Estado miembro que puedan tener interés en dicho contrato”.

Y si no está justificada por circunstancias objetivas “dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otros Estados miembros, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 43 CE y 49 CE (véase, en este sentido, por lo que respecta a la Directiva 92/50, la sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-0000, apartados 30 y 31 y la jurisprudencia citada)”.

Concluyendo, el Tribunal parece rectificar paulatinamente la doctrina alumbrada en el *obiter dictum* vertido en el *Ordine degli Architetti y otros*, y para ello se vale de los siguientes argumentos:

- Toda exención de la sujeción a la Directiva exige de una previsión expresa en la misma, y la técnica del mandato no está prevista como supuesto de no sujeción, al igual que tampoco lo estaría la sustitución.

- El efecto útil de la Directiva no se garantiza obligando al urbanizador a sujetarse a los procedimientos de licitación públicos, dado que no se garantiza la licitación de la totalidad de la prestación.

³²⁵ Cfr. José Antonio TARDÍO PATO, *La Gestión Urbanística... op. cit.*, p. 49.

³²⁶ STJUE de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra Italia*, C-412/04.

De hecho, y a pesar de la resistencia del Tribunal de Justicia a corregir expresamente las conclusiones alcanzadas en dicho pronunciamiento, las condiciones impuestas en los pronunciamientos posteriores son de tal calado que, a día de hoy, puede hablarse de verdadera dificultad para aplicar la figura de la sustitución preconizada en su día por el TJUE, dado que la totalidad de las acciones en las que se desagrega la acción urbanizadora son susceptibles de ser calificadas como servicios económicos amparados por la libertad de empresa, por lo que, de no licitar todas y cada una de dichas acciones, estaríamos ante un supuesto de adjudicación directa y, consecuentemente, de una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.

Lo que parece mantenerse invariable de la doctrina sentada en el asunto *Scala*, es el rechazo *ad limine* de la apelación a la calificación de la acción urbanizadora como servicio de interés económico general, lo que conlleva la obligatoria sujeción a la Directiva 2004/18/CE de la relación surgida entre la Administración urbanística y el Urbanizador.

3. A modo de corolario: la necesaria diferenciación entre habilitación para la prestación de un SIEG y mandato de ejecución de un servicio u obra pública. Potenciación del elemento causal en la definición comunitaria de contrato

Es fácil advertir una abierta contradicción entre la filosofía emanada de la sentencia recaída en el asunto *Unitron Scandinavia* y la esbozada en el asunto *Ordine degli Architetti*, en tanto que la primera presupone la necesidad de una habilitación de la normativa comunitaria para la aplicación de las Directivas de coordinación de contratos públicos a las relaciones contractuales *inter privados*, mientras que la segunda acepta la aplicación analógica de los supuestos excepcionales de sujeción³²⁷ reforzada con el argumento del mandato (realmente sustitución).

³²⁷ La aplicación de la doctrina vertida en el asunto *Unitron Scandinavia* al ámbito urbanístico, permitiría afirmar que en los supuestos en los que el otorgamiento de un derecho exclusivo para el ejercicio de la actividad “*iniciativa privada en la actividad urbanística*” conllevase, de forma implícita, la obligación o necesidad de perfeccionar contratos cuyo objeto coincidiera con el propio de los tipos contractuales sujetos a coordinación comunitaria, las relaciones contractuales nacidas

Consecuentemente, la primera de las sentencias comentadas permite diferenciar claramente entre el otorgamiento del título habilitante para la prestación del servicio de interés económico general y las relaciones contractuales entre el operador del SIEG y terceros proveedores de servicios, manteniendo en sus justos términos los límites entre el mercado público y el mercado privado.

Consideramos que la sujeción de una entidad que no tiene la consideración de poder adjudicador a la Directiva 2004/18/CE únicamente es posible en los supuestos previstos expresamente en dicha Directiva y no mediante la aplicación analógica que propugna el TJUE en el asunto *Ordine degli Architetti*, debiendo concluir, en palabras de BAÑO LEÓN, que “hay aquí una autentica creación de derecho por parte del Tribunal de Justicia, aunque la sentencia invoque por analogía el artículo 3, apartado 4, de la Directiva de obras, relativa al contrato de concesión de obra pública, pues en el caso italiano en modo alguno puede hablarse de una situación asimilada a la concesión”³²⁸.

Tampoco parece correcta la apelación a la técnica de la sustitución o del mandato para extender la aplicación de las reglas del mercado público a las relaciones contractuales entre particulares, dado que en toda prestación por un particular de un servicio de interés económico general se está produciendo, de alguna forma, una sustitución de la actuación directa del poder público por la acción privada. Correlativamente, toda habilitación para la prestación de un servicio de interés económico general conlleva un mandato para la realización de las prestaciones en las que se materialice el cumplimiento de las obligaciones de servicio público³²⁹. Y no es razonable ni proporcional, ni es voluntad

entre el titular del derecho exclusivo de la promoción urbanizadora y los empresarios constructores no se encontrarían sujetas a la Directiva 2004/18/CE, con independencia de que el otorgamiento del título habilitante al urbanizador se ajustare o no al procedimiento previsto en la Directiva de referencia.

³²⁸ José María BAÑO LEÓN, "El mercado publico de las obras de urbanizacion. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2004, pp. 31-34; 32.

³²⁹ Y dado la amplitud de las definiciones de obras, servicios o suministros, es prácticamente inimaginable el cumplimiento de una obligación de servicio público que no conlleve la realización de actividades susceptibles de ser subsumidos en alguno de estos tipos contractuales. Consecuentemente, es inimaginable la prestación de un

expresada en los Tratados el someter toda la actividad privada desarrollada para la prestación de un servicio de interés económico general a las directivas de contratación pública³³⁰.

Esta es la línea que parece desprenderse de la modificación del TFUE operada por el Tratado de Lisboa, en el que se refuerza considerablemente el papel de los servicios de interés económico general en la construcción europea y tras el cual la UE asume competencias para adoptar normativa derivada sobre los mismos. No obstante, en tanto no se ejerza dicha competencia legislativa, la libertad de los Estados para identificar y regular dichos servicios no puede ser negada hasta tal extremo que se produzca el debilitamiento o desaparición forzosa de los SIEG no armonizados³³¹.

Ello significa que, identificada la iniciativa urbanística como un servicio de interés económico general por un Estado miembro, y justificada la necesidad de adoptar medidas restrictivas de la competencia, en ningún caso el TJUE podría desconocer la aplicación del artículo 106.2 TFUE aplicando directamente las directivas de contratación pública.

SIEG en el que no se pueda considerar que el operador no cumple con sus obligaciones de servicio público por mandato o en sustitución de un poder adjudicador.

³³⁰ Por el contrario, el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007) contiene un mandato al TJUE según el cual dicho tribunal debiera ejercer su función jurisdiccional desde la sensibilidad a los SIEG, y que se formula en los siguientes términos:

”Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, *encargar* y financiar dichos servicios”.

³³¹ Cfr. Antonio SEGURA SERRANO, *op. cit.* p. 86.

Por ello, y tal y como defendimos en el capítulo anterior, la solución más acorde con la seguridad jurídica y con los principios de subsidiaridad y proporcionalidad en la intervención comunitaria consistiría en el enjuiciamiento por el Tribunal de Justicia de la adecuación a los Tratados de las normas nacionales por las que se designa directamente al operador de un SIEG no armonizado (propietario de suelo), en la medida en la que la designación directa –y generalmente exclusiva– implica una restricción de la libertad de prestación de servicios, cuya justificación solamente cabe en los supuestos de imposibilidad previstos en el artículo 106 TFUE.

Y únicamente una vez desechada la compatibilidad con el Tratado de la norma legal que otorga o regula el otorgamiento por la Administración del derecho exclusivo a urbanizar al propietario del suelo, cabrá entrar a valorar la sujeción del procedimiento de otorgamiento del título habilitante para la prestación del SIEG a las directivas de contratación pública.

Lo que no es aceptable es “atajar” el proceso argumental expuesto por la vía de la publicación del mercado privado³³², evitando el farragoso juicio de proporcionalidad previsto en el artículo 106 a base de someter los contratos perfeccionados por el operador a las Directivas de contratación pública.

³³² Analizando el contenido de la Sentencia recaída en el asunto *Ordine degli architetti*, PAREJO ALFONSO concluye que “hay en la argumentación del Tribunal un salto del plano del servicio (actividad, prestación) al de obra que se cumple sin la más mínima justificación”. Cfr. “La cuestión de la constitucionalidad de la figura...”, *op. cit.*, p. 97.

IV. PROBLEMÁTICA DE LA INMERSIÓN EN EL MERCADO PÚBLICO DE LA RELACIÓN ENTRE EL AGENTE URBANIZADOR Y EL EMPRESARIO CONSTRUCTOR. UNA VISIÓN COMUNITARIA Y CONSTITUCIONAL

1. La relación entre Agente urbanizador y el empresario constructor a la luz de la jurisprudencia comunitaria

La jurisprudencia expuesta en las páginas anteriores permite aproximarnos a la figura del agente urbanizador, pudiendo distinguir, a estos efectos, entre el agente urbanizador clásico y el agente urbanizador tal y como se regula en la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana³³³.

En el primero de los modelos, y de acuerdo con el cuerpo jurisprudencial anteriormente citado, la relación entre el Agente y la Administración entra, de plano, en la figura del contrato de obra pública, dado que en el convenio perfeccionado entre la Administración y el Urbanizador se contiene un mandato explícito para la ejecución de una obra pública. Y, si bien es cierto que dicha relación puede entenderse como un encargo para la prestación del servicio de interés económico general *iniciativa privada en la actividad urbanística*, tal y como hemos visto, dicho servicio, en la medida en la que se trata de un servicio económico no armonizado carece, para el entendimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la fuerza suficiente como para enervar la sujeción a la Directiva 2004/18/CE de la contratación de los servicios ordinarios en los que se desagrega. Dejando de lado, por el momento, la cuestión relativa a la onerosidad del contrato, se podría concluir que la única relación sujeta a la Directiva 2004/18/CE sería la nacida entre la Administración y el Agente urbanizador, por lo que las relaciones surgidas entre este último y los terceros proveedores de servicios se mantendría en el espacio propio del mercado privado.

La cuestión se complica en el examen de la figura del Agente urbanizador alumbrada en la Ley Urbanística Valenciana. En este caso pretende evitarse la sujeción del procedimiento de selección

³³³ Distinción que, a efectos expositivos, se emplea por Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ en el libro *Urbanismo y Ordenación del Territorio*, Aranzadi, Navarra, 2006.

del Agente urbanizador a la Directiva 2004/18/CE, introduciendo la obligación del Agente de contratar, con arreglo a la legislación estatal básica, la ejecución de las obras de urbanización siempre que su valor estimado rebase los umbrales de armonización³³⁴.

En realidad, esta solución no es sino una adaptación al derecho interno de la solución planteada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Ordine degli Architetti* que, recordemos, afirmaba que la eficacia de la Directiva 93/37/CEE “se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las

³³⁴ Artículo 120 de la Ley16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana:

“1. El empresario constructor será responsable de ejecutar el proyecto de urbanización aprobado por la administración.

2. El empresario constructor será seleccionado mediante concurso o subasta, de conformidad con los que disponen los artículos 82 y siguientes del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La capacidad del empresario constructor, incluyendo los requisitos de solvencia económica y financiera, técnica y profesional, prohibiciones de contratar y clasificación necesaria se registrarán por lo que establece el mismo cuerpo legal.

6. No será preceptiva la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores cuando el presupuesto de ejecución de las obras de urbanización, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, no supere los 5.278.000€, sin que pueda fraccionarse el contrato con objeto de disminuir su cuantía y eludir así lo dispuesto en los apartados anteriores, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.2 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En tal caso, las obras serán ejecutadas por el urbanizador, por sí o a través de contratistas de su elección.

7. En aquellos Programas de Actuación Integrada que se desarrollen en terrenos de un único propietario, o en terrenos en los que exista acuerdo unánime de la totalidad de sus propietarios, y así lo acuerden tales propietarios con el urbanizador, no será preceptiva la licitación de las obras de urbanización conforme a lo dispuesto en los apartados 1 a 5 de este artículo, cualquiera que sea el presupuesto de ejecución. En tal caso, las obras serán ejecutadas en los términos pactados entre el urbanizador y los propietarios”.

obligaciones que incumben a este respecto a la Administración municipal en virtud de dicha Directiva”³³⁵.

Ahora bien, tal y como hemos defendido, la solución apuntada únicamente es viable en el supuesto de sustitución legal de la Administración, pero no en un marco legal en el cual la selección del agente urbanizador se realiza en un proceso concurrencial.

Tal precisión viene impuesta por la doctrina vertida en el asunto *Comisión contra Francia* ya citada y en la que el Tribunal aseguraba, respecto del razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en el apartado 100 de la sentencia *Ordine degli Architetti*:

“57. Esta apreciación fue realizada respecto de una normativa concreta en materia urbanística conforme a la cual la concesión de una licencia de obras exigía que su titular abonara una contribución a las cargas de urbanización derivadas de su proyecto. No obstante, el titular de la licencia podía comprometerse a realizar directamente las obras de urbanización imputando la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adeudada. En este último caso, el Tribunal de Justicia concluyó que se trataba de un contrato público de obra en el sentido de la Directiva 93/37. Sin embargo, *dado que el ayuntamiento no podía elegir quién se encargaría de llevar a cabo las obras de urbanización, ya que la Ley determinaba que esta persona fuera el propietario de los terrenos objeto de parcelación y titular de la licencia de construcción, cabía afirmar que el titular de la licencia, única persona autorizada, conforme a la Ley, para ejecutar las obras, podía gestionar los procedimientos de adjudicación en lugar del ayuntamiento, como alternativa al pago al ente municipal de la contribución a las cargas de urbanización. Esta situación es diferente de la contemplada en la Ley núm. 85-704, que deja al titular de la obra la posibilidad de elegir al mandatario y no establece obligaciones previas que puedan constituir una contrapartida a la remuneración del mandatario*”.

³³⁵ STJUE 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, apartado 100. Posición igualmente defendida por el Abogado General sr. Dámaso Ruiz-JÁRABO COLOMER en el escrito de conclusiones presentadas el 8 de noviembre de 2006 en el asunto *Comisión contra Italia*, C-412/04, apartado 87.

En el caso del Agente urbanizador, la Administración urbanística dispone de la capacidad de elegir *quién se encargará de llevar a cabo las obras de urbanización* dado que, a los ojos del Tribunal de Justicia, la adquisición de la condición de contratista no conlleva la obligación de ejecutar las obras por sus propios medios³³⁶. Por lo tanto, el Agente urbanizador no ostenta la condición de sustituto legal de la Administración sino, en el mejor de los casos, de mandatario discrecionalmente elegido. Ello implica, a la luz de la jurisprudencia expuesta, que no concurren los requisitos que permiten excluir la relación entre Administración y Urbanizador del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE.

Y si la Directiva 2004/18/CE no contempla el mandato como supuesto de no sujeción, la legislación nacional no podrá desplazar el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva de la relación entre la Administración y el Urbanizador a la relación entre Urbanizador y empresario constructor.

Por otra parte, y tal y como resulta de la jurisprudencia posterior al asunto *Ordine degli Architetti*, la atribución del encargo de urbanizar no conlleva exclusivamente un mandato de ejecución de una obra de urbanización, sino de toda una serie de actuaciones susceptibles de ser calificadas como contratos públicos de servicios (incluido el mandato) o, de conformidad con el artículo 1.2.b) de la Directiva citada, como prestación aneja a un contrato público de obras (redacción de los proyectos). En la medida en la que el valor de estas prestaciones supere el umbral de armonización, su adjudicación se someterá a la normativa derivada, lo que es muy probable dado el reducido importe de los umbrales de los contratos públicos de servicios (249.000 euros) y la necesaria consideración del valor del conjunto de las prestaciones en el cálculo de dicho importe (redacción de proyectos de urbanización y, en su caso, de planeamiento; proyecto de equidistribución; dirección de obras; coordinación de seguridad y salud; control de calidad...)³³⁷.

³³⁶ Sentencias de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, apartado 90 y de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux y otros*, C-220/05, apartado 44.

³³⁷ Cfr. José Antonio TARDÍO PATO, *La Gestión Urbanística...*, op. cit., p. 49.

Únicamente un concepto amplio de obra pública como el preconizado en el considerando décimo de la Directiva 2004/18/CE, permitirá calificar estas prestaciones como complementarias y accesorias a la ejecución de la obra, de tal forma que el tipo contractual de obra pública absorba la prestación de estos servicios y permita la aplicación del umbral de coordinación relativo a los contratos públicos de obra³³⁸.

Concluyendo, siendo necesaria la sujeción a la normativa comunitaria de contratos de la relación entre la Administración y el Urbanizador es innecesaria la sujeción de la relación entre Urbanizador y empresario constructor a tal normativa, por lo que caber concluir que la publicación de esta relación originalmente privada no viene impuesta por el Derecho comunitario³³⁹, sino por la picaresca nacional.

2. Una perspectiva constitucional de la publicación de la relación contractual entre operadores privados

De aceptar que la publicación de la relación entre el Agente urbanizador y el empresario constructor es innecesaria desde el prisma del Derecho comunitario, el siguiente paso es validar dicha sujeción desde la óptica de nuestro derecho constitucional.

Esta no es una cuestión banal, dado que una sujeción de tal calado como la que propugna el artículo 120.2 de la Ley Urbanística Valenciana incide muy directamente en el contenido del derecho constitucional de libertad de empresa.

Hay que tener presente que la remisión a la legislación contractual no se agota en el necesario seguimiento del procedimiento administrativo para la formación de la voluntad del Agente urbanizador, sino que somete la voluntad contractual misma a una serie de principios y criterios de obligada observancia que predeterminan el resultado del procedimiento. Esto se debe a que la legislación contractual pública presupone la inexistencia de

³³⁸ Lo que exigiría acreditar que la ejecución de la obra constituye el objeto principal del contrato, acreditación que lamentablemente no se realizó por la Comisión Europea en el asunto *Comisión contra España*, C-306/08.

³³⁹ STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Danske Svineproducenters Serviceselskab y otros contra Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri*, C-275/98, ya citada.

autonomía de la voluntad del órgano de contratación que, en virtud de los principios constitucionales de legalidad, eficiencia y objetividad, se ve sustituida por la técnica de la discrecionalidad administrativa³⁴⁰.

En efecto, la totalidad del procedimiento administrativo de contratación se orienta a la selección de la oferta económicamente más ventajosa, de forma tal que, dejando al margen el espacio de discrecionalidad técnica y en presencia de las mismas ofertas y los mismos criterios de adjudicación, el resultado siempre ha de ser el mismo con independencia del sujeto responsable de la tramitación. Y si la selección del contratista no depende de la entidad responsable de la tramitación del procedimiento, cabe concluir que no existe autonomía en la voluntad de la entidad contratante³⁴¹.

De admitir la argumentación expuesta debe aceptarse que, cuando la legislación urbanística somete a un particular a la obligación de seleccionar a la otra parte contratante de acuerdo con la legislación contractual administrativa, se está produciendo una importante limitación de su libertad de contratación, lo que origina dudas acerca de su compatibilidad con el artículo 38 CE. En este caso, el particular se vería “abducido” en la formación de su voluntad contractual por una voluntad colectiva y extraña a su libre designio, manifestada en la legislación de contratación administrativa.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad con el derecho de libertad de empresa de la legislación por la que se sujeta a ciertas normas y principios de derecho público la contratación entre operadores

³⁴⁰ Cfr. José Luis MEILÁN GIL, *Categorías jurídicas... op. cit.*, pp. 156 y ss; Manuel REBOLLO PUIG, “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, en el libro colectivo *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004, pp. 41-59.

³⁴¹ En el supuesto de aplicación de la normativa pública de contratación por operadores privados, la ausencia de autonomía se limitaría a la selección del adjudicatario, no a la fijación de los criterios de adjudicación, donde las fronteras entre autonomía de la voluntad privada y discrecionalidad técnica son más difusas.

privados, particularmente de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos³⁴².

En el proceso seguido ante el Tribunal Constitucional se cuestionaba la constitucionalidad de los artículos 4 y 6 de la Ley 21/1997, de 31 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, en virtud de los cuales “los operadores o programadores de televisión, cuyas emisiones no cubran la totalidad del territorio del Estado, podrán adquirir derechos exclusivos de retransmisión con la obligación de ceder los mismos, en régimen de pública concurrencia, a todos los demás operadores o programadores”. Asimismo, el artículo 6 de la Ley 21/1997, establece unos criterios de valoración de las ofertas de obligatoria observancia, como la estabilidad económica de los clubes y sociedades anónimas deportivas, la viabilidad de la competición, el interés de los usuarios, las condiciones de la retransmisión y la franja horaria de la emisión y la importancia del acontecimiento, competición o espectáculo deportivo.

Como es propio en la valoración de las restricciones a los derechos constitucionales, la argumentación desplegada por el Tribunal Constitucional en este asunto viene presidida por el principio de razonabilidad o proporcionalidad en sentido amplio, según el cual el respeto a la libertad de empresa dependerá de la intensidad de la regulación y de la necesidad de la misma.

Así se expresa el Tribunal en el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia citada:

“13. Siendo los expresados más arriba, en el fundamento jurídico 8, los criterios de acuerdo con los cuales debe enjuiciarse, respecto a su posible lesión de la libertad de empresa, el art. 6 de la Ley recurrida, hay que considerar que las limitaciones allí impuestas a la libertad de contratación, entendida ésta, junto a la libertad de inversión y la libertad de organización, como una de las vertientes imprescindibles de la primera, no constituyen una restricción desproporcionada de la misma, puesto que el respeto a los «principios de publicidad y libre concurrencia» en la negociación con los titulares de los derechos, y el que en la fijación de las condiciones de la oferta y el abono de una

³⁴² STC 112/2006, de 5 de abril.

contraprestación económica deban tenerse en cuenta los criterios de estabilidad económica de los clubes y sociedades anónimas deportivas, la viabilidad económica de la competición, el interés de los usuarios, las condiciones de la retransmisión y la franja horaria de la emisión, y, por fin, la importancia del acontecimiento, competición o espectáculo deportivo, *no aparecen como unas normas de regulación del mercado de las que pueda decirse que, dada su agresiva incidencia en el mismo, lesionen la libertad de empresa.*

Más bien, es posible afirmar que mediante las mismas *se pretende el objetivo, perfectamente perseguible en el marco de dicha libertad, de potenciar la libre concurrencia,* y dicho objetivo se quiere alcanzar a través de unas medidas que no pueden considerarse como desproporcionadas, que tienden a hacer realidad un fin constitucionalmente legítimo y son imprescindibles para llegar al mismo. Por todo ello hay que rechazar la alegación de los recurrentes de que el art. 6 de la Ley 21/1997 lesiona la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE”.

En lo que atañe a la intensidad de la regulación, ciertamente, la regulación contenida en la Ley 21/1997 es mucho más escueta que la contenida en la legislación contractual administrativa lo que, en principio, podría llevarnos a afirmar que es mucho más respetuosa con la libertad de empresa que aquella que sujeta la actividad del particular a la exhaustiva regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, esta afirmación debe matizarse, dado que el conjunto de normas contenidas en la legislación contractual administrativa no son sino la concreción normativa de los principios que configuran la libre concurrencia. Por ello, la recta aplicación de los presupuestos propios de la libertad de concurrencia (artículos 4 y 6 de la Ley 21/1997) y el respeto a los criterios enumerados en el artículo 6 en la valoración de las ofertas deberían arrumbar al mismo resultado: la predeterminación del adjudicatario.

También son extrapolables al artículo 120 de la Ley Urbanística Valenciana las conclusiones del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad constitucional del fin perseguido por la publicación de la relación contractual, dado que

la legislación urbanística estudiada persigue la apertura a la pública concurrencia de todo un sector económico de primer orden como es el de las obras de urbanización.

La dificultad estriba en la defensa de la necesidad del sacrificio de la libertad de empresa, dado que la Ley Urbanística Valenciana fundamenta tal necesidad en la creencia de que la apertura a la competencia de la ejecución de las obras de urbanización no se integra en el procedimiento de selección del Agente urbanizador.

Pero si la selección del Agente urbanizador ha de seguir los pasos necesarios para la selección del adjudicatario de las obras de urbanización, entonces será totalmente desproporcionada, por innecesaria, la sujeción de la subcontratación de tales obras a la normativa de contratación administrativa.

He aquí un curioso fenómeno según el cual la inadecuación a la jurisprudencia comunitaria deriva en una inadecuación al derecho constitucional, y que refuerza la visión de una Constitución abierta al proceso de integración europeo³⁴³.

V. LAS PECULIARIDADES O EXCEPCIONES A FAVOR DEL PROPIETARIO DEL SUELO. EL PROPIETARIO URBANIZADOR COMO AGENTE ECONÓMICO EN EL MERCADO PÚBLICO

1. El propietario como sustituto de la Administración

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, las tachas de falta de adecuación al Derecho comunitario y al Derecho constitucional de la publicación de las relaciones contractuales surgidas entre el Agente urbanizador y el empresario constructor no serían predicables, sin embargo, de las relaciones entre el propietario del suelo y sus contratistas.

En efecto, en el supuesto de que la legislación urbanística autonómica atribuya al propietario del suelo la obligación de urbanizar, la Administración carecería de la facultad de elegir a la

³⁴³ Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, *op. cit.*, y Abraham BARRERO ORTEGA, *op. cit.*

parte contratante para la ejecución de las obras de urbanización, por lo que entraría en juego la figura de la sustitución legal.

De acuerdo con las Sentencias *Ordine degli Architetti y Comisión contra Francia*, el efecto útil de la Directiva 2004/18/CE se lograría igualmente mediante la traslación de su ámbito subjetivo de aplicación, de forma tal que la citada Directiva no se aplicaría a la relación nacida entre la Administración y el propietario sino a las relaciones entre dicho propietario y el empresario constructor.

La legislación autonómica que previese tal excepción a favor de los propietarios del suelo únicamente debería guardar una primera cautela: permitir a la Administración municipal que obligue al propietario del suelo, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva.

Asimismo, la legislación autonómica no podría configurar la actividad urbanizadora de los propietarios como una alternativa a la actuación por la Administración o por una empresa seleccionada en libre concurrencia, sino como sistema único de ejecución urbanística en determinadas circunstancias objetivas. Por lo tanto, la Administración no podría fijar discrecionalmente el sistema de actuación a seguir, dado que la fijación discrecional del sistema de actuación implica una selección indirecta del ejecutor urbanístico e imposibilita la aplicación de la doctrina vertida en el asunto *Scala*³⁴⁴.

Verificado el cumplimiento de estos requisitos y a la luz de la jurisprudencia expuesta debería concluirse que el Derecho comunitario sumerge en el mercado público las relaciones contractuales entabladas por el propietario-urbanizador, justificando la necesidad de la publicación en la búsqueda del efecto útil de la Directiva 2004/18/CE y en garantía de los valores subyacentes a la consecución de un mercado único europeo.

En el ámbito constitucional, la necesidad de aplicación de la Directiva para la consecución del mercado único europeo completaría el test de razonabilidad y, consecuentemente, la legitimidad constitucional de la publicación.

³⁴⁴ Vid. STJUE de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03, apartado 57.

Ahora bien, no toda relación contractual se encuentra sujeta en igual intensidad al Derecho comunitario, sino que la intensidad de la sujeción –por exigencia de los principios comunitarios de proporcionalidad y subsidiaridad³⁴⁵- se modula en función de la trascendencia de la relación contractual en el mercado interior, pudiendo distinguir³⁴⁶:

- Las relaciones contractuales que tuviesen por objeto la ejecución de obras o prestación de servicios por importe superior a los umbrales de armonización comunitaria.

- Las relaciones contractuales que tuviesen por objeto la ejecución de obras o prestación de servicios que, teniendo un valor inferior a los umbrales de armonización comunitaria, tuviesen, sin embargo, un interés transfronterizo cierto.

- Las relaciones contractuales que tuviesen por objeto la ejecución de obras o prestación de servicios de valor inferior a los umbrales de coordinación y carentes de interés transfronterizo.

La primera de estas relaciones contractuales se sujetaría, en lo tocante a su preparación y adjudicación, a la Directiva 2004/18/CE, en la medida en la que el propietario-urbanizador actuaría en sustitución de la Administración municipal y ésta debería sujetarse indubitadamente a dicha Directiva.

En un segundo nivel de sujeción se encontrarían las relaciones contractuales que tuviesen por objeto la ejecución de obras o prestación de servicios que, teniendo un valor inferior a los umbrales de armonización tuviesen, sin embargo, un interés transfronterizo cierto. En este caso las relaciones contractuales únicamente deben respetar los principios derivados del Tratado que, por su laxitud, no implican una evicción de la autonomía de la voluntad del sujeto contratante, sino una interdicción de la discriminación por razón de la nacionalidad³⁴⁷. En todo caso, el

³⁴⁵ Art. 5 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, en su versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007.

³⁴⁶ Cfr. José Antonio TARDÍO PATO, *La Gestión Urbanística...*, op. cit., pp. 124-125.

³⁴⁷ en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, apartado 60; de 18 de junio de 2002, *HI*, C-92/00, apartado 47 y de 20 de octubre de 2005, *Comisión*

propietario estaría obligado a licitar la prestación de la totalidad de los servicios económicos de interés transfronterizo en los que se desagrega la acción urbanizadora³⁴⁸, dado que actúa como sustituto de la Administración y no como adjudicatario directo de dichos servicios. Ello no significa que la legislación autonómica deba regular expresamente la obligación del propietario urbanizador de licitar la totalidad de los servicios ordinarios tendentes a la urbanización del ámbito, dado que tal obligación se desprende de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siendo innecesario que la legislación nacional recuerde su vigencia³⁴⁹.

Únicamente se exceptuaría de la obligación de licitación la prestación por el propietario de los servicios económicos carentes de interés transfronterizo, ya que los mismos quedan al margen del Derecho comunitario y, desde una perspectiva constitucional, la integración de estas prestaciones dentro del estatuto del derecho de propiedad es una opción legislativa tan válida como la correspondiente a su integración en la libertad de empresa.

2. Valoración doctrinal de la propuesta

La doctrina española se ha posicionado mayoritariamente en contra de la obligación del propietario del suelo de licitar la ejecución de la obra de urbanización con arreglo a la legislación contractual pública³⁵⁰.

contra Francia, C-264/03; auto de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard*, C-59/00, apartado 20 y la más reciente Sentencia del Tribunal General, de 20 de Mayo de 2010, *República Federal de Alemania contra Comisión Europea*, T-258/2006, en la que se aborda la adecuación al Derecho primario de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.

³⁴⁸ STJUE de 18 de enero de 2008, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, C-220/05, apartados 67 y 68.

³⁴⁹ STJUE de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra Italia*, C-412/04, apartados 67 y 68.

³⁵⁰ Especialmente crítico con esta posibilidad ha sido Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE...” *op. cit.*, p. 24, que se expresa en los siguientes términos:

“He dejado para el final un supuesto, el de propietario único del ámbito o unidad a urbanizar, porque me permite volver al principio y

Esta posición mayoritaria se torna en unanimidad cuando la hipótesis consiste en la ejecución directa de las obras de

destacar una vez más la insuficiencia del radical dogmatismo en el que ha querido situarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Decía al comienzo de este análisis que sería sencillamente absurdo, tanto que hasta ahora a nadie se le ha ocurrido sostenerlo, exigir al propietario de una parcela de suelo urbano cuya urbanización hay que completar para que adquiera la condición de solar edificable que contrate con un tercero la ejecución de esas obras. Pues bien, ahora tengo que añadir que lo es igualmente y por las mismas razones imponer tal exigencia al propietario de una finca de 200 ha que pretende desarrollar en ella una urbanización (turística, como hay miles en nuestro país, o simplemente comercial, industrial, deportiva, de ocio, etcétera).

¿Qué sentido tendría exigirle a ese promotor, que ha adquirido la finca justamente para eso, que convoque un procedimiento de licitación para contratar con un tercero la ejecución de las obras de urbanización? ¿Cómo se le puede pedir a este empresario que entregue a un competidor suyo una parte del negocio que él mismo ha ideado y que él mismo también está en condiciones de desarrollar con sus propios medios porque eso, precisamente, es su quehacer cotidiano? Sería absurdo igualmente, tan absurdo como lo anterior y, si llegara a hacerse, además, en nombre de la libre competencia, resultaría, incluso, una auténtica burla. La cuestión es tan evidente que me atrevo a pensar que hasta los propios jueces del Tribunal de Justicia habrán de estar de acuerdo con ello.

Y si, en lugar del 100% de la superficie, el promotor al que me refiero ha conseguido reunir el 60% o el 80% de la misma, comprando poco a poco partes o porcentajes de la finca para poder llevar adelante idéntico objetivo empresarial, la solución no tendría por qué ser diferente. La óptica de la obra pública y su vinculación a la libre competencia, llevadas a sus últimos extremos, prescindiendo de cualquiera otras consideraciones, puede llevar y de hecho lleva en muchos casos a soluciones inaceptables por contradictorias con la racionalidad económica y con la libertad de mercado que pretenden preservar. Como GOYA, nuestro genial pintor, acertó a vislumbrar, «el sueño de la razón produce monstruos». En el mismo sentido *vid.* Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad...”, *op. cit.*; Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional...”, *op. cit.*, y Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, “Las cuestiones suscitadas por la sentencia y sus consecuencias en el Derecho Español”, *Cuadernos de Derecho local*, núm. 4, 2004, pp. 20-27; 26.

urbanización por el propietario del suelo sin acudir a la subcontratación con terceros³⁵¹.

La razón esgrimida consiste en que el propio interés patrimonial del propietario promotor le empuja a la obtención de la oferta económicamente más ventajosa -dejando de lado otro tipo de consideraciones- en tanto que será el mismo el que sufrague las obras a contratar³⁵². Desde esta perspectiva la sujeción del

³⁵¹ Entre otros, *vid.* Joaquín Huelín MARTINEZ DE VELASCO, “Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, febrero 2004, pp. 7-17; 14; Rafael GÓMEZ FERRER MORANT, “Gestión del planeamiento y contratos administrativos”, *op. cit.*, pp. 53 y 54; o José Antonio TARDÍO PATO, *La Gestión Urbanística...*, *op. cit.*, pp. 126 y 127.

³⁵² BAÑO LEÓN justifica la innecesariedad de tal sujeción con el siguiente argumento:

“Resulta muy difícil encontrar una justificación acorde con la finalidad de la Directiva, que es facilitar la apertura a los mercados públicos. Cuando existe unanimidad entre los propietarios en seleccionar a un contratista o cuando hay propietario único, el mercado es enteramente privado. Aunque las obras sean de interés público, la Administración no tiene ninguna posibilidad de influencia sobre la selección del contratista ni tiene otro interés que la calidad de las obras. Sin embargo, cuando, es la Administración quien selecciona al contratista, o cuando la ley atribuye la condición de urbanizador a uno o varios propietarios, por la simple condición de disponer de la mayoría de la superficie de la unidad de ejecución urbanística, es fácil que se creen situaciones contrarias a la libre competencia. En el primer caso, porque la Administración puede favorecer a determinados contratistas en detrimento del mercado; en el segundo, porque al existir propietarios minoritarios que financian las obras obligatoriamente, la contratación no es de simple interés privado: pueden producirse, en efecto situaciones incompatibles con la competencia cuando el propietario mayoritario es precisamente una empresa urbanizadora (lo que resulta bastante frecuente) de modo que el acceso a la propiedad se convierte o puede convertirse en un medio de defraudar la competencia. En todo caso, al existir propietarios minoritarios ni a la Administración Pública ni Derecho Comunitario les resulta indiferente la licitación.

Por razones de Derecho interno, la Administración está obligada a vigilar y dirigir la licitación para garantizar los derechos de la minoría. No se olvide que las obras de urbanización se financian obligatoriamente por los propietarios por causa de interés público .

Por razones de Derecho Comunitario, la protección del propietario minoritario es coincidente con la protección de la competencia: la objetividad en la licitación garantiza tanto los derechos de los

propietario promotor a las reglas de la contratación pública sería absolutamente innecesaria y desproporcionada.

La práctica totalidad de estas opiniones han sido vertidas bajo la vigencia de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, si bien el escenario creado por la Ley 8/2007, en lo que atañe a este asunto, no es sustancialmente diferente.

Sin negar el trasfondo de razón que late en este argumento, no puede obviarse que el ámbito de intensa discrecionalidad en la que se mueve el ejercicio de la potestad de ordenación, unido a las enormes rentabilidades derivadas de la aprobación del planeamiento, hacen que las diferencias económicas entre una u otra oferta de ejecución de obras de urbanización sean irrisorias al lado del milagro de la multiplicación de la edificabilidad.

En este contexto, asegurar que el propietario se va a regir exclusivamente por consideraciones de índole económica, despreciando otras consideraciones (o recomendaciones) emitidas desde la propia Administración urbanística³⁵³, presupone una muy alta estima de la condición humana.

propietarios a asumir las cargas de urbanización a coste de mercado como la efectiva aplicación de las libertades comunitarias en la contratación. En último término, la financiación de las obras no se produce por el libre juego de la autonomía privada sino por exigencias de la ley, lo que justifica, en ausencia de unanimidad o de propietario único, que se respeten las normas europeas de contratación, pues sólo esa observancia asegura que no se tomen decisiones restrictivas de la competencia. Al atribuir la ley a una entidad pública la gestión de una urbanización le traslada un poder que no deriva de la propiedad sino del *ius publicum*, poder que tiene que respetar las libertades comunitarias, so pena de poner en solfa todo el entramado de las normas comunitarias de contratación.” Cfr. *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009, p. 318.

³⁵³ Realidad que BAÑO LEÓN expresa en los siguientes términos: “También es posible que haya pesado en el ánimo del Tribunal la circunstancia de que en muchas grandes actuaciones urbanísticas la propiedad está en manos de grupos empresariales a la vez promotores y constructores, lo que puede permitir en muchos casos un trato privilegiado del promotor-constructor que ha convenido previamente con la Administración el desarrollo de una actuación urbanística”. Cfr. José María BAÑO LEÓN, “El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia *Scala 2001*”. *Cuadernos de*

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento coloca estos comportamientos al margen de la legalidad, también lo es que más allá de las medidas punitivas el ordenamiento debe contemplar mecanismos preventivos que faciliten el control, la transparencia y la objetividad de la decisión contractual³⁵⁴.

Y aunque así fuera, aunque el propietario fuere insensible a toda presión ajena a sus consideraciones estrictamente económicas, el otorgamiento directo de la habilitación para la ejecución de las obras de urbanización al propietario constructor implicaría la detracción de una categoría *ad personam* de servicios económicos del ámbito del mercado interior, lo que no es que tenga efectos sobre la competencia, sino que debilita los objetivos políticos de construcción de una Europa sin barreras como espacio de progreso, paz, solidaridad y libertad de los individuos y de los pueblos³⁵⁵.

Derecho Local, núm. 4, Febrero de 2004, pp. 31-44; 32.

Asimismo, *vid.* José Ramón PARADA, "La privatización del urbanismo...", *op. cit.*, pp. 105-146; 125.

³⁵⁴ *Vid.* Conclusiones del Abogado General sr. Léger, al asunto C-399/98.

³⁵⁵ Principios y valores políticos que se expresan claramente en el Preámbulo de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

"RESUELTOS a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos,

DECIDIDOS a asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos Estados, eliminando las barreras que dividen Europa,

FIJANDO como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos,

RECONOCIENDO que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia

leal,

PREOCUPADOS por reforzar la unidad de sus economías y asegurar su desarrollo armonioso, reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas,

DESEOSOS de contribuir, mediante una política comercial común, a la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales,

Por último, en la medida en la que la urbanización ha dejado de formar parte del contenido del derecho de propiedad, ya no puede sostenerse que el propietario -por el mero hecho de serlo- pueda ser adjudicatario directo de una obra pública.

Al igual que tampoco puede aceptarse hoy en día como natural el ejemplo del promotor inmobiliario que ha adquirido la finca precisamente para urbanizarla³⁵⁶ como expresión del despropósito de aquellos que pretenden someter al propietario único a las reglas de la contratación pública, dado que la condición de ejecutor de una obra pública no puede considerarse que forme parte de la finca así adquirida.

En nuestra opinión, la solución a esta cuestión no debe limitarse al examen de la concurrencia de los requisitos establecidos en la Directiva 2004/18/CE para identificar la existencia de un contrato. Este examen, de acuerdo con la línea jurisprudencial emanada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el último decenio, nos llevaría a concluir inequívocamente la sujeción del propietario a la normativa comunitaria de contratación pública.

A nuestro juicio lo que debe cuestionarse es la adecuación o no a los Tratados de la legislación autonómica que habilita a la Administración urbanística para otorgar al propietario del suelo el derecho exclusivo a urbanizar.

Debemos insistir en que aquellas legislaciones autonómicas que prevén como excepción a favor de la propiedad del suelo el otorgamiento al margen de toda concurrencia de la habilitación para la gestión urbanística están dispensando un trato

PRETENDIENDO reforzar la solidaridad de Europa con los países de ultramar y deseando asegurar el desarrollo de su prosperidad, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas,

RESUELTOS a consolidar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y la libertad e invitando a los demás pueblos de Europa que participan de dicho ideal a asociarse a su esfuerzo,

DECIDIDOS a promover el desarrollo del nivel de conocimiento más elevado posible para sus pueblos mediante un amplio acceso a la educación y mediante su continua actualización,”

³⁵⁶ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE... *op. cit.*, p. 24.

diferenciado a favor de los operadores económicos ya establecidos en su territorio, al tiempo que sientan las bases para el ulterior otorgamiento por el planeamiento urbanístico de un derecho exclusivo a urbanizar.

Desde esta perspectiva hay que preguntarse si este trato diferenciado tiene una justificación objetiva y suficiente, y si el otorgamiento del derecho exclusivo a urbanizar a favor de los sujetos identificados en el planeamiento al margen de todo procedimiento concurrencial satisface los requisitos de proporcionalidad fijados en el artículo 106 TFUE. Esto es, si el cumplimiento de la misión de interés general es incompatible con el respeto a la libertad de circulación.

Nuevamente, hemos de concluir que el bagaje de experiencias acumuladas en estos últimos años en España, procedentes de la aplicación simultánea de diferentes modelos urbanísticos autonómicos en un único mercado nacional, muestra cómo la reserva de la acción urbanizadora a la propiedad del suelo no sólo no contribuye a la consecución del interés general, sino que posiblemente la obstaculiza³⁵⁷.

No existiendo una causa de necesidad que justifique la derogación eventual de las normas del Tratado en el otorgamiento de la habilitación para la prestación del SIEG “iniciativa privada en la gestión urbanística”, no es posible otorgar dicha habilitación directamente y al margen de toda concurrencia³⁵⁸.

Y si ello no es posible desde la óptica del Derecho comunitario, debe concluirse que “las peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo” previstas en el artículo 6 del TRLS 2008, no hacen referencia a la reserva a la propiedad de la actividad de ejecución urbanística, sino, a lo más, de aquellas actividades de participación *ute cives* propias de todo procedimiento urbanístico y de aquellas otras actividades que,

³⁵⁷ Cfr. José Ramón PARADA, “La privatización del urbanismo...”, *op. cit.*, pp. 105-146; 125.

³⁵⁸ Cfr. José María BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general

pudiendo ser calificadas como actividades de gestión, no constituyen propiamente servicios económicos remunerados³⁵⁹.

³⁵⁹ De ahí que el legislador estatal, meticulosamente, refiera el régimen excepcional a las “iniciativas” y no a la actividad de ejecución.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS CONTRACTUALES DE LA HABILITACIÓN PARA LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LA URBANIZACIÓN

I. PLANTEAMIENTO

Tal y como anticipamos en el capítulo anterior, la labor jurisprudencial de inmersión de las técnicas de gestión urbanística en el mercado público se enfrenta a la difícil tarea de identificación, en el entramado normativo urbanístico, de los elementos definitorios del contrato público de obras³⁶⁰.

Tales elementos definitorios son los recogidos en el artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18/CE³⁶¹, que define los contratos públicos como “los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva”.

Más específicamente, el artículo 1.2.b) define a los contratos públicos de obras como los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

Por lo tanto, para la identificación de un contrato público de obras sujeto al Derecho comunitario hemos de apreciar la concurrencia de diversos requisitos:

³⁶⁰ *Vid.* Conclusiones del Abogado general sr. Niilo Jääskinen presentadas el 16 de septiembre de 2010 en el asunto C-306/08, apartado 70.

³⁶¹ Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

- La ejecución de una obra pública como objeto principal del contrato.
- La intervención de un poder adjudicador y de un operador económico.
- La onerosidad de la relación contractual.
- Y la existencia de un contrato formalizado por escrito.

La doctrina española ha cuestionado la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos expresados –salvo la constancia escrita- en el otorgamiento de la habilitación para la ejecución de la urbanización a la figura del agente urbanizador.

Por otra parte, la labor doctrinal de coherencia de la legislación urbanística nacional con el Derecho comunitario europeo, si bien centrada inicialmente en la figura del agente urbanizador, ha ido proyectando sus conclusiones sobre otras figuras afines, como las juntas de compensación, cuya vigencia y acomodo pierden paulatinamente claridad³⁶².

Por ello, más allá del cuestionamiento de la figura concreta del agente urbanizador analizaremos la concurrencia en las principales técnicas de gestión urbanística indirecta de los requisitos fijados en la Directiva 2004/18/CE para apreciar la existencia de un contrato.

Esta sistematización expositiva permitirá adecuar las principales cuestiones suscitadas por la doctrina a la estructura argumental seguida por el TJUE, lo que es especialmente útil dado que es este Tribunal el que ha venido marcando los ritmos del presente debate y el que, previsiblemente, le pondrá fin.

³⁶² Cfr. Francisco BLANC CLAVERO, “La posición jurídica del urbanizador...”, *op. cit.*, p. 146; Julio C. TEJEDOR BIELSA, “Contratación de la obra pública...”, *op. cit.*, pp. 597-611.

II. LA ACTIVIDAD DE URBANIZACIÓN COMO OBRA PÚBLICA

1. Obra urbanizadora y Derecho comunitario

La aplicación de las Directivas de contratación pública al procedimiento de habilitación para la ejecución de la urbanización encuentra una primera dificultad en la subsunción de las actuaciones de promoción urbanizadora dentro del objeto del contrato de obra pública. Ello se debe a que en las figuras del agente urbanizador y de la junta de compensación, la habilitación para la ejecución de la urbanización conlleva la prestación de múltiples servicios cuya relevancia jurídico-real parece eclipsar a la realización de la obra urbanizadora. Asimismo, la sucesión temporal de las actuaciones de ejecución de la obra urbanizadora y de su cesión a la Administración desentona con la tesis clásica demanial de la obra pública.

El estudio de la repercusión de estas circunstancias en la tipificación del de contrato como de obra pública exige su contraste con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien, bajo el criterio de salvaguarda del efecto útil de las Directivas, ha desarrollado un concepto de obra pública autónomo, funcional y amplio, tendente a integrar aquellos supuestos en los que la presencia del poder adjudicador se reduce a ejercer una influencia decisiva en la definición de la obra³⁶³.

Particularmente, el concepto amplio de obra pública permite absorber dentro del tipo aquellas prestaciones accesorias o complementarias a la realización de las obras, siempre y cuando se acredite que su ejecución constituye el objeto principal del contrato³⁶⁴.

Como consecuencia de la amplificación del elemento objetivo del contrato se produce un debilitamiento del elemento subjetivo, lo que ha llevado a plantearse “si el contrato de obra pública lo es

³⁶³ Tendencia jurisprudencial que ha cristalizado en el artículo 2.8.c de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, 2011/0438 (COD).

³⁶⁴ STJUE de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra España*, C-306/08.

por razón subjetivo-funcional o puede serlo también, como considera algún autor, por razón objetivo-funcional”³⁶⁵.

Desde este concepto funcional, objetivo y amplio de la obra pública, abordaremos el examen del objeto de la habilitación de la actividad urbanizadora.

2. El concepto autónomo y funcional de obra pública

Tal y como avanzamos, la obra pública se percibe en el Derecho comunitario como un concepto funcional y amplio, autónomo de las definiciones de obra pública contenidas en las legislaciones nacionales.

Esta concepción autónoma y funcional desborda las definiciones nacionales basadas en la identificación civilista entre obra pública y dominio público -de la que es una clara muestra el artículo 339 de nuestro código civil- y que presuponen que no hay más obra pública que aquella de la que es propietaria la Administración³⁶⁶.

Nuestro derecho urbanístico aporta un ejemplo claro del disenso entre la tesis clásica del dominio público y la concepción funcional del Derecho comunitario, en tanto el proceso histórico de inmersión de la ejecución de la urbanización en el seno del derecho de propiedad terminó por hacer invisible la obra de urbanización para la teoría de la obra pública³⁶⁷.

Por ello no es de extrañar que, cuando se abordó el análisis

³⁶⁵ Julio TEJEDOR BIELSA, “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico...”, *op. cit.*, p. 97.

³⁶⁶ Cfr. Francisco Javier JIMENEZ DE CISNEROS, *Obras publicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998, pp. 297 y ss.

³⁶⁷ Sobre la evolución histórica de la consideración de las obras de urbanización como obra pública, *vid.* José Ramón PARADA, “La privatización del urbanismo español”, *cit.*; Francisco Javier JIMENEZ DE CISNEROS, *Obras publicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998; Marta LORA-TAMAYO VALVÉ, *Historia de la legislación urbanística*, Iustel, Madrid, 2007; Ángel MENÉNDEZ REXACH, “Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, octubre 2008, pp. 17-47 y “Obras municipales, ordinarias y planeamiento urbanístico”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 221, noviembre 2005, pp. 12-47.

del impacto de la sentencia recaída en el asunto *Ordine degli architetti y otros*, parte de la doctrina española esgrimiera como argumento contrario a la incidencia del fallo en el ordenamiento español la circunstancia de que, en la legislación urbanística española, las obras de urbanización no tienen la consideración de obra pública³⁶⁸. Tal afirmación descansaba en el argumento según el cual la transmisión al Ayuntamiento de la titularidad dominical del suelo a ocupar por las obras de urbanización marca el momento en el que dichas obras pasan de ser públicas a privadas³⁶⁹, y, por ello, mientras esta transmisión no tenga lugar, “más que de obras públicas, habría que hablar en propiedad de obras con destino público”³⁷⁰.

³⁶⁸En este sentido PAREJO ALFONSO, marcando diferencias con la legislación italiana, afirma que la española “impone un deber de entrega de obra, obra que sólo pasa a ser pública, en el sentido de soporte de un servicio público, desde la cesión de la misma, es decir, desde su recepción por la Administración, de lo que se sigue que la realización misma de la obra no es pública, ni, por tanto, objeto posible de un contrato de obra pública” sino una obra privada realizada en el ejercicio de la libertad de empresa. Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad,... *op. cit.*, p. 82. En este en este aspecto coincide en lo sustancial con José Ramón PARADA, “La privatización del urbanismo español”, *op. cit.* Sin embargo, PAREJO ALFONSO sí defiende la consideración de la urbanización como obra pública -en un sentido laxo desvinculado del dominio- en obras anteriores. *Vid.* “El agente urbanizador en el Derecho Urbanístico”, en el libro colectivo *La carestía del suelo, causas y soluciones*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 295-308, 301. Asimismo, es necesario precisar que PAREJO ALFONSO no concibe la facultad de urbanizar como integrante del derecho de propiedad, sino del derecho de libertad de empresa.

³⁶⁹ Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional...”, *op. cit.*, p. 248, núm. 29.

³⁷⁰ María PARDO ÁLVAREZ, tras analizar los requisitos tradicionalmente exigidos en nuestro derecho para considerar una obra como pública, concluye que no existe obra pública sino hasta el momento en el que se ejecuta la urbanización por el particular y, posteriormente, se cede su propiedad al Ayuntamiento. Considera la autora que, hasta el momento de su cesión al Ayuntamiento la titularidad de la obra es privada y, consecuentemente, su adjudicación quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/37/CEE y de la legislación de contratación administrativa. Por ello tampoco sería una obra pública la contratada por la Junta de Compensación, ya que la Junta de Compensación es fiduciaria, no propietaria de los terrenos ni, consecuentemente, de la obra a ejecutar sobre los mismos. Por tanto, la

En términos sustancialmente análogos a los planteados por la doctrina española, el Gobierno Francés defendió en el asunto *Jean Auroux y otros*, que “la construcción del aparcamiento por cuenta del municipio de Roanne podría, en principio, constituir un contrato público de obras. Sin embargo, esta construcción no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva, *ya que no se cederá al municipio hasta que haya sido concluida*”³⁷¹. Como era de esperar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea prescindió de los elementos jurídico-reales propios de la perspectiva demanial de la obra pública y se centró en la definición funcional contenida en la Directiva:

“40 En cuanto a la calificación jurídica que el Gobierno francés da al aparcamiento, procede declarar que la definición de un contrato público de obras es materia del Derecho comunitario. Dado que el artículo 1, letra a), de la Directiva no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, la calificación jurídica del contrato en Derecho francés no es pertinente para dilucidar si el convenio está o no incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva (véase, por analogía, la sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. 8831, apartado 36).

41 Del artículo 1, letra c), de la Directiva se desprende que la existencia de una obra debe apreciarse a la luz de la función económica o técnica del resultado de las actividades de obra efectuadas (véase la sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia, C-187/04 y C-188/04, no publicada en la Recopilación, apartado 26). Como se deriva claramente de varias disposiciones del convenio, el centro de ocio acogerá actividades comerciales y de servicios, de tal modo que debe considerarse que el convenio cumple una función económica”.

transmisión al Ayuntamiento de la titularidad dominical del suelo sobre el que se han de ejecutar las obras de urbanización marca el momento en el que dichas obras pasan de ser públicas a privadas. Y, mientras esta traslación no tenga lugar, “más que de obras públicas, habría que hablar en propiedad de obras con destino público”, cfr. María PARDO ÁLVAREZ, “El derecho a urbanizar: ¿sumisión a la Ley de Contratos?”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 198, 2002, pp. 11-36; 18.

³⁷¹ STJUE de 18 de enero de 2007, C-220/05, apartado 33.

Este concepto autónomo y funcional de obra pública alumbrado por el TJUE bajo la vigencia de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, pervive actualmente en la Directiva 2004/18/CE, que define a los contratos de obras como “los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las *necesidades especificadas* por el poder adjudicador”³⁷². Asimismo, la función se integra en el concepto de obra, que es definido como “el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil *destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica*”³⁷³.

El tenor de la definición vincula íntimamente la obra con su ulterior función, lo que refuerza el criterio funcional como interpretativo del objeto del contrato³⁷⁴ asumido por el TJUE en las sentencias *Ordine degli architetti y Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, recaídas en materia de urbanismo. Pero si la sentencia *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne* desvincula la función de la obra de las regulaciones nacionales del derecho de propiedad, la Sentencia *Helmut Müller*³⁷⁵ ahonda en el concepto de funcionalidad resaltando la necesaria correlación entre la función técnica o económica de la obra y la definición, por el poder adjudicador, de las necesidades a satisfacer por la misma.

El asunto *Helmut Müller* trae causa de un proceso de venta, al margen del Derecho comunitario, de una parcela de 24

³⁷² La vinculación entre función y necesidades a satisfacer se intensifica en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, 2011/0438 (COD), que en su artículo 2.8.c., define como contrato público de obra “la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos especificados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o proyecto de la obra”.

³⁷³ Artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE.

³⁷⁴ Cfr. José María GIMENO FELIU, “El urbanismo como actividad económica...”, *op. cit.*, p. 75; Julio TEJEDOR VIELSA, “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico...”, *op. cit.*, p. 97 o Miguel Ángel BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 178-179.

³⁷⁵ STJUE de 25 Mar. 2010, *Helmut Müller*, C-451/2008.

hectáreas de propiedad de la Bundesanstalt. El proceso de venta de la parcela se vinculó al estudio de un proyecto de desarrollo urbano a realizar por el Ayuntamiento de Wildeshausen, de forma tal que la adjudicación de la parcela se efectuaría en función de la valoración municipal de la propuesta de desarrollo urbano ofertada por el licitador.

Es preciso destacar que el Pleno municipal de Wildeshausen, al redactar la propuesta de adjudicación, advierte que, de acuerdo con el ordenamiento alemán:

“La ley no otorga derecho alguno a que se obtenga la aprobación de un plan urbanístico (vinculado, en su caso, a un proyecto).

La ley prohíbe que [el Ayuntamiento de Wildeshausen] asuma compromisos vinculantes sobre edificabilidad o que comprometa su facultad de apreciación (delimitada, por otra parte, jurídicamente) antes de que concluya el procedimiento ordinario de planeamiento urbanístico.

Así pues, las decisiones precedentes no vinculan de ningún modo la planificación urbanística del [municipio de Wildeshausen].

El promotor y las demás personas interesadas en el proyecto asumirán, entre otros riesgos, los relativos a los gastos de planificación”.

El órgano jurisdiccional se cuestiona si se cumple el requisito de "necesidades especificadas por el poder adjudicador", que figura en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, cuando las obras deben realizarse siguiendo los planes examinados y aprobados por el poder adjudicador.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea contesta:

“66. Pues bien, en la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, se establece que los contratos públicos de obras tienen por objeto la realización de una «obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador».

67. Para que se pueda admitir que el poder adjudicador ha especificado sus necesidades en el sentido de dicha disposición, es preciso que este último haya *adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o,*

cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto.

68. *El mero hecho de que un poder público, en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística, estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o adopte una decisión en el ejercicio de competencias en esta materia no cumple con la exigencia relativa a las «necesidades especificadas por el poder adjudicador», en el sentido de dicha disposición.*

69. Por tanto, procede responder a las cuestiones quinta y sexta que las «necesidades especificadas por el poder adjudicador», en el sentido de la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, no pueden consistir en el mero hecho de que un poder público estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o en que adopte una decisión en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística”.

La “influencia determinante” a la que se hace referencia en la sentencia *Helmut Müller* ha tenido un reflejo inmediato en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública³⁷⁶, que pone en íntima conexión el concepto funcional de obra pública y la “influencia decisiva” del poder adjudicador en el tipo o proyecto de obra, de forma tal que abstrae la definición comunitaria de obra pública del medio o técnica jurídica conducente a su realización, y centra la definición en la función de la obra impuesta en el ejercicio de una influencia decisiva.

Esta influencia decisiva de la Administración en el tipo o proyecto de obra es patente en el caso de las obras de urbanización, que determina las características de la obra a ejecutar, tanto en la aprobación del planeamiento como, posteriormente, en la aprobación del proyecto de urbanización.

Esta afirmación no contradice el fallo de la sentencia recaída en el asunto *Helmut Müller*, dado que la decisión adoptada por el Ayuntamiento de Wildeshausen no equivale a la aprobación de un

³⁷⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, 2011/0438 (COD), artículo 2.8.c.

instrumento de ordenación, sino, todo lo más, a un convenio de planeamiento.

En efecto, el Ayuntamiento de Wildeshausen únicamente se compromete a “estudiar el proyecto” presentado “y a iniciar el procedimiento para aprobar el correspondiente plan urbanístico”. Pero, al igual que sucede en la legislación española, “la ley no otorga derecho alguno a que se obtenga la aprobación de un plan urbanístico (vinculado, en su caso, a un proyecto)”, y “prohíbe que el Ayuntamiento de Wildeshausen asuma compromisos vinculantes sobre edificabilidad o que comprometa su facultad de apreciación (delimitada, por otra parte, jurídicamente) antes de que concluya el procedimiento ordinario de planeamiento urbanístico”. Por lo que se concluye que “las decisiones precedentes no vinculan de ningún modo la planificación urbanística del municipio”.

El fallo de la Sentencia no puede ser más acertado. No existe una definición de las obras materializada en un plan urbanístico, y ni tan siquiera unos criterios previos de ordenación en base a los cuales las empresas potencialmente interesadas puedan formular sus propuestas de planeamiento. Únicamente existe el compromiso de “estudiar el proyecto” e iniciar los trámites tendentes a su aprobación, cuyo resultado no se encontrará vinculado por la propuesta formulada.

Es evidente la ausencia de analogía con la figura de los Programas de Actuación Integrada, en los que sí existe una especificación de las necesidades y objetivos a satisfacer en las Bases reguladoras (artículo 131 de la Ley Urbanística Valenciana), así como un compromiso efectivo y exigible, dado que el procedimiento culmina con el otorgamiento de la habilitación para la ejecución de las obras de urbanización.

A pesar de estas diferencias determinantes, el Abogado General sr. Niilo Jääskinen, en las conclusiones presentadas en el asunto C-306/08 seguido contra el Reino de España por razón de la regulación de los Programas de Actuación Integrada contenida en la Ley Urbanística Valenciana, sostiene que la Sentencia recaída en el asunto *Helmut Müller* constituye una rectificación de la interpretación funcional de la Directiva 2004/18/CE seguida hasta

el momento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁷⁷. Sostiene el Abogado General que dicha sentencia excluye los acuerdos sobre el uso del suelo del ámbito de las normativa comunitaria sobre contratación pública. Pero lo cierto es que la razón por la que el TJUE no aprecia la existencia de un contrato de obras (entre otros motivos) es la palmaria inexistencia de una definición previa de la obra (o de las necesidades a satisfacer por la misma) soportada en un título jurídico vinculante³⁷⁸. Al igual que afirma el TJUE en la sentencia *Helmut Müller*, tampoco sería razonable sostener que la aprobación por un Ayuntamiento español de un convenio de planeamiento con el propietario del suelo constituye un contrato público de obras, dado que es innegable que la definición de las obras o el sistema de gestión que se contenga en tal convenio no vincula al Ayuntamiento ni se erige en título habilitante para su ejecución³⁷⁹. Tampoco es discutible que el inicio del expediente de aprobación del instrumento de ordenación urbanística no prejuzga su resultado. Y ello por más que el contrato de compraventa de un terreno incluido en el ámbito se vincule a la aprobación o no de dicho convenio de planeamiento.

Ahora bien, tal y como defendimos anteriormente, la aprobación definitiva de dicho instrumento de planeamiento, en la medida en la que concede un derecho exclusivo a la urbanización del ámbito, no sólo contendría una definición de las obras a ejecutar, sino también del sujeto llamado a ejecutarlas, por lo que, con independencia de su valor normativo, asumiría un indudable valor contractual³⁸⁰. Cuestión distinta es si esta relación

³⁷⁷ Conclusiones del Abogado General sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 16 de septiembre de 2010 en el asunto C-306/08, apartados 73 y 74.

³⁷⁸ STJUE, de 25 Mar. 2010, *Helmut Müller*, rec. C-451/2008, apartados 62 y 63. Cfr. Julio C. TEJEDOR BIELSA, "Hacia una exclusión del urbanismo de la Directiva de contratos?", publicado el 5 de noviembre de 2010 en la dirección electrónica <http://administracionpublica.com/%C2%BFhacia-una-exclusion-del-urbanismo-de-la-directiva-contratos/#more-1095> (acceso el día 29 de abril de 2011, a las 22:37).

³⁷⁹ La jurisprudencia en este sentido es muy abundante. Por todas, STS de 29 de febrero de 2000, rec. 5347/1995, ponente: Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos o de 3 de abril de 2001, rec. 8856/1996, ponente: Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

³⁸⁰ En relación a la posible integración en un acto de poder público

contractual, en tanto tiene por objeto la prestación de un servicio de interés económico general, debería entenderse amparada por la excepción del artículo 106.2 TFUE o, por el contrario, sujeta a las Directivas de coordinación de la contratación pública.

3. Concepto amplio del objeto del contrato de obra

En la misma línea que su precedente, la Directiva 2004/18/CE prevé que el contrato público de obras pueda tener un objeto más amplio que la mera ejecución de una obra, abarcando la redacción del proyecto en determinados supuestos.

Nótese que, tal y como se deduce de la definición de contrato de obras, en el ámbito del Derecho comunitario la redacción del proyecto y la ejecución de la obra no dará lugar a un contrato mixto regido por el criterio de la combinación, sino a un contrato típico de obras que absorbe al tipo específico del contrato de servicios.

Pero la posible inclusión dentro del objeto del contrato de obras de prestaciones diferentes la mera ejecución de la obra no se limita a la redacción del proyecto, sino que puede comprender otro tipo de servicios necesarios para la realización de la obra.

Así lo expresa el artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18 cuando define como contrato público de obras “la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador”. La expresión *por cualquier medio* parece hacer referencia a las diferentes posibilidades que, en virtud del principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas, se abren al legislador nacional para asegurar la ejecución de una obra, incluidas aquellas que externalizan la gestión de la financiación y diseño de la obra.

de una relación inmersa en un mercado público, BAÑO LEÓN advierte que “El análisis estrictamente jurídico sobre la naturaleza de la relación que está en la base del contrato o del convenio, o del acto administrativo no sirve para excluir la aplicación de las Directivas. Importa, ante todo, establecer si el acto, el acuerdo o el convenio genera, o no, desde el punto de vista económico, un mercado financiado por recursos públicos o por terceros como consecuencia de una obligación pública”. Cfr. José María BAÑO LEÓN. “La figura del contrato en el Derecho Público: Nuevas perspectivas y límites”. En la obra colectiva *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2004, p.28.

Aboga por esta interpretación amplia el considerando décimo de la Directiva, al afirmar que el contrato público de obras puede conllevar la prestación de otros servicios necesarios para la realización de dichas actividades³⁸¹.

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública incide todavía más en esta interpretación amplia del objeto del contrato de obras, tratando este supuesto de forma específica e incluyendo aquellos supuestos en los que la intervención del poder adjudicador se limita al ejercicio de “una influencia decisiva en el tipo o proyecto de obra”³⁸².

En lo que aquí interesa, debe plantearse si la ejecución de un contrato de obras que conlleva la obligación de prestar los servicios tendentes a la equidistribución y recaudación de la financiación de las obras podría integrarse dentro del objeto del contrato público de obras, tal y como parece desprenderse de la interpretación amplia que se defiende³⁸³.

La respuesta a este planteamiento exige acreditar que el objeto principal del contrato consiste, precisamente, en la realización de una obra, tal y como recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 26 de mayo de 2011³⁸⁴, donde afirma que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos

³⁸¹ “10) Un contrato debe considerarse un contrato público de obras sólo si su objeto abarca específicamente la ejecución de alguna de las actividades que se detallan en el anexo I, si bien el contrato puede conllevar la prestación de otros servicios necesarios para la realización de dichas actividades. Los contratos públicos de servicios, en particular los relativos al ámbito de los servicios de gestión de propiedades, podrán incluir obras en determinadas circunstancias. No obstante, cuando dichas obras sean accesorias al objeto principal del contrato y sean, por tanto, consecuencia o complemento del mismo, el contrato no podrá considerarse como un contrato público de obras”.

³⁸² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, 2011/0438 (COD), artículo 2.8.c.

³⁸³ Cfr. José María GIMENO FELIÚ, “El urbanismo como actividad económica...”, *op. cit.*, p. 96.

³⁸⁴ STJUE de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra España*, C-306/08.

proprios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse (véase, en este sentido, la sentencia *Auroux y otros*, antes citada, apartado 37)”. La determinación del objeto principal de contrato, continua explicando del TJUE, “debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato (sentencia de 21 de febrero de 2008, *Comisión/Italia*, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 49)”.

Por lo tanto, y pese a reconocer “que algunas de las actividades que comprenden los PAI, tanto con arreglo a la LRAU como a la LUV (...) parecen corresponder, por su naturaleza, a las actividades contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50, y II, parte A, de la Directiva 2004/18, relativas a los servicios mencionados en el artículo 1, letra a) de la Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente”, el Tribunal termina desestimando el recurso en tanto “la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado”.

Perdida la ocasión para clarificar el régimen contractual de la habilitación otorgada al agente urbanizador valenciano, la consideración de la promoción urbanizadora como obra pública exige dilucidar si el conjunto de servicios en los que se desagrega tienen un carácter accesorio o complementario de la realización de la obra de urbanización.

Afirmar la complementariedad de la redacción del proyecto de urbanización respecto de la realización de las obras proyectadas no ofrece mayor complicación, al igual que tampoco la ofrece aceptar la accesoriedad de las operaciones de distribución y recaudación de los gastos de urbanización, dado que nada podría objetarse al agente urbanizador si, altruistamente, decidiese afrontar dichos gastos sin repercutirlos a los propietarios del

suelo³⁸⁵. Y si nada se opone (salvo el ánimo de lucro del urbanizador) a la financiación por el propio urbanizador de las obras de urbanización, ello significa que la distribución y recaudación de los costes de urbanización son accesorios de la realización de la urbanización.

Son las operaciones de redistribución de la propiedad las que ofrecen mayores dudas, si bien su carácter complementario respecto de la ejecución de la urbanización se explica porque la actuación del urbanizador se limita a la propuesta y gestión³⁸⁶ del proyecto de equidistribución con arreglo a los criterios fijados por la normativa urbanística (superficie, cargas y ubicación de las fincas de origen...etc.).

La intervención del urbanizador en este caso es, por lo tanto, análoga a la que correspondería a cualquier contratista al que la Administración adjudicase la redacción del proyecto de equidistribución en el seno del sistema de cooperación. En ambos casos, la operación jurídica de equidistribución recae exclusivamente en la Administración que aprueba el proyecto.

Así parece corroborarlo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Jean Auroux y otros*, cuando afirma:

“Del análisis del convenio se desprende que su objeto principal, como sostiene la Comisión, es la ejecución de un conjunto de obras que culminan con la realización de una obra –en concreto, un centro de ocio– en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva. Los elementos

³⁸⁵ El Reino de España, en el asunto C-306/08, niega tal complementariedad, tal y como expone el TJUE, “77 Según dicho Estado miembro, la Comisión confunde el PAI y el proyecto de obras de urbanización, siendo así que la ejecución de las obras públicas no constituye el objetivo exclusivo, ni siquiera fundamental, del PAI. La aprobación del PAI, mediante la adjudicación, implica también la financiación y la gestión de la reparcelación, así como la contratación de las obras de urbanización. Por lo tanto, el urbanizador es también responsable financiero de la ejecución de las obras y se encarga de efectuar las gestiones administrativas necesarias para garantizar la gratuidad de las operaciones para la Administración y el reparto justo de los costes y beneficios inmobiliarios correspondientes entre los propietarios”. STJUE, de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra Reino de España*, C-306/08.

³⁸⁶ Art. 119.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana.

constitutivos de servicios que se prevén en el convenio, como la adquisición inmobiliaria, la recaudación de fondos, la convocatoria de un concurso de arquitectura o de ingeniería y la comercialización de edificaciones forman parte de la concreción de dicha obra”.

La tesis alternativa, según la cual las operaciones de gestión de la propiedad no son complementarias o accesorias, sino que tienen sustantividad propia respecto de la ejecución de la obra de urbanización, exige plantearse si nos encontramos en el supuesto recogido en el considerando décimo de la Directiva 2004/18/CE, y según el cual “los contratos públicos de servicios, en particular los relativos al ámbito de los servicios de gestión de propiedades, podrán incluir obras en determinadas circunstancias. No obstante, cuando dichas obras sean accesorias al objeto principal del contrato y sean, por tanto, consecuencia o complemento del mismo, el contrato no podrá considerarse como un contrato público de obras”.

Cabría alegar, de conformidad con el tenor de este considerando, que los contratos de gestión urbanística indirecta constituirían un supuesto de contrato de gestión de propiedades, ya que, al margen de su valor económico, el objeto principal es la mutación del contenido del derecho de propiedad a través de toda una suerte de operaciones jurídicas y económicas que relegan a la obra a un puesto instrumental y accesorio respecto de su objeto principal: la creación de suelo apto para edificar³⁸⁷.

No obstante, no parece que sea esta la postura del TJUE, que en los asuntos *Ordine degli architetti* o *Jean Auroux* ya estudiados identifica la ejecución de las obras de urbanización como el objeto principal del contrato.

Asimismo, la desvinculación introducida por el TRLS 2008 de la urbanización respecto del contenido del derecho de propiedad y su calificación como servicio público impiden, en el ámbito del derecho español, la calificación de la habilitación para

³⁸⁷ En la doctrina española algunos autores advierten que el objeto de la promoción urbanística es la creación de suelo, no la ejecución de una obra pública. Por todos vid. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 102 y 103; y Francisco BLANC CLAVERO, “La posición jurídica del urbanizador...” *op. cit.*, p. 151.

la ejecución de las obras de urbanización como modalidad de contrato de gestión patrimonial.

Concluyendo, la identificación del objeto principal del contrato constituye el único criterio válido para subsumir la relación negocial en uno u otro tipo contractual³⁸⁸. Para dicha identificación, y tal y como hemos visto, ha de seguirse un criterio interpretativo funcional y amplio del concepto de obra pública.

Y dicho concepto funcional y amplio, así como la desvinculación expresa entre derecho de propiedad y ejecución de la urbanización que asume el TRLS 2008, conducen a concluir que el objeto del contrato de obra pública absorbe al conjunto de servicios en los que se desgrana la actividad urbanizadora.

4. La preeminencia del elemento objetivo del contrato

Fielmente al tenor de la Directiva, el artículo 6 de la Ley de Contratos del Sector Público define a los contratos de obras como “aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto”.

Con esta descripción del contrato administrativo de obra pública, el legislador estatal opta por la transcripción de la Directiva y, consecuentemente, por la transposición al ordenamiento interno del concepto funcional y amplio de la obra pública, por lo que el ámbito objetivo de la Directiva 2004/18/CE tiene su perfecto correlato en el ordenamiento interno.

Como resultado de esta evolución legal y jurisprudencial, hoy en día es unánime la consideración de las obras de urbanización

³⁸⁸ STJUE de 19 de abril de 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92; de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux y otros*, C-220/05; de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra Italia*, C-412/2004 y de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra España*, C-306/2008.

como una modalidad de obra pública, pudiendo darse por cerrado el anterior debate.

Y tal vez sea la claridad y consenso actualmente existentes en la percepción de las obras de urbanización como modalidad de obra pública y su contraste con la oscuridad y disenso sobre la concurrencia de los restantes elementos del tipo contractual, lo que explica la insistencia de algunos autores en recalcar este carácter de obra pública, no ya como un requisito acumulativo para la aplicación del Derecho comunitario, sino como una verdadera *vis atractiva* de las normas de coordinación de la contratación pública.

Así, GIMENO FELIU afirma que “es el concepto funcional de obra pública lo que “atrae” el régimen de la contratación pública a las obras de urbanización que vienen obligados a ejecutar por imperativo legal en los sistemas de actuación indirecta por cuanto convergen todas las notas para su consideración de obra pública”³⁸⁹.

Lo que ha llevado a TEJEDOR BIELSA a plantear los términos actuales del debate en clarificar “si el contrato de obra pública lo es por razón subjetivo-funcional o puede serlo también, como considera algún autor, por razón objetivo-funcional”³⁹⁰.

Afirmando a continuación que “en mi opinión, no es sólo el sujeto, la presencia del poder adjudicador, lo que exige la concurrencia tal y como demuestra la Sentencia de 12 de julio de 2001 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto *Scala*). La concurrencia es producto de la necesidad y la decisión públicas, en este caso en forma de plan y proyecto de urbanización, que imponen la ejecución y concretan la obra”.

BAÑO LEÓN explica esta tendencia a acentuar el elemento objetivo del contrato en la circunstancia de que, en el Derecho comunitario, el elemento subjetivo de los contratos está muy atenuado, fruto de la concepción funcional de poder adjudicador y de la tendencia del Tribunal –manifestada en la Sentencia *Ordine*

³⁸⁹ José María GIMENO FELIU, “El urbanismo como actividad económica...”, *op. cit.*, p. 75.

³⁹⁰ Julio TEJEDOR BIELSA, “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico...”, *op. cit.*, p. 97.

degli architetti- de extender el ámbito subjetivo más allá de lo previsto en la letra de la Directiva³⁹¹.

Podemos concluir, en sintonía con los autores citados que, ante la presencia de una obra que, por su nomenclatura, destino o función pudiera ser calificada como pública, la labor de subsunción de los elementos negociales de la relación urbanística en los elementos del tipo contractual de obra pública debe realizarse desde una perspectiva funcional y amplia, favorecedora del efecto útil de la Directiva 2004/18/CE.

No obstante esta interpretación funcional y amplia de la obra pública, no puede perderse de vista la imprescindible presencia de un poder adjudicador, bien inmediata, bien a través de las técnicas del mandato o de la sustitución contractual o legal³⁹².

Y es que la concepción subjetivo-funcional que late tras la Directiva 2004/18/CE³⁹³ no permite generalizar su efecto directo horizontal entre operadores estrictamente privados más allá de los supuestos expresamente previstos en la misma, lo que nos conduce al análisis del elemento subjetivo del contrato.

³⁹¹ Cfr. José María BAÑO LEÓN, “El mercado público...”, *op. cit.*, pp. 31-44.

³⁹² Es de destacar que el considerando segundo de la Directiva 93/37/CEE, acotaba su ámbito objetivo a los “*contratos públicos de obras celebrados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de otros organismos de derecho público.*”, previendo la posible mediación de particulares en la perfección de contratos *por cuenta* de un poder adjudicador.

³⁹³ Esta concepción subjetiva ha sido puesta de manifiesto, en un supuesto inverso, por el Abogado General sr. Dámaso RUIZ-JÁRABO COLOMER, en las conclusiones presentadas el 22 de noviembre de 2007, en el asunto C-393/06 *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH contra Fernwärme Wien GmbH*, y en los siguientes términos: “53. En realidad, la Directiva 2004/18 respira una concepción subjetiva, comprendiendo a toda estructura organizativa que se comporte como «poder adjudicador», cualquiera que sea el ámbito material en el que opere (teoría del contagio), salvo que se implique en contratos excluidos en virtud de los artículos 12 a 18 (...)”.

III. CONTRATO CELEBRADO POR ESCRITO ENTRE UNO O VARIOS PODERES ADJUDICADORES Y UNO O VARIOS OPERADORES ECONÓMICOS

1. Consideraciones generales

La regulación de la libertad de circulación de servicios que se contiene en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene como destinatarios directos a los Estados miembros. De ahí que el Derecho derivado de esta regulación primaria -en el presente caso la Directiva 2004/18/CE- traslade a su estructura subjetiva la presencia directa o indirecta del Estado a través del concepto de poder adjudicador. La presencia del Estado, por muy diluida que se presente³⁹⁴, es presupuesto imprescindible para que entre en juego el mecanismo de coordinación de la actividad contractual de los Estados miembros, debiendo descartarse aquellas propuestas que pugnan por una interpretación objetivo-funcional de la Directiva³⁹⁵.

Esta estructura subjetiva concurre claramente en los sistemas de gestión urbanística directa, en los que la aplicación del Derecho comunitario a la contratación de las obras de urbanización está fuera de toda duda.

Pero en los sistemas indirectos de gestión urbanística la asignación de roles no es tan sencilla.

En efecto, la gestión urbanística indirecta se caracteriza por la “delegación”³⁹⁶ del ejercicio de ciertas funciones públicas a un tercero que, salvo en el sistema de compensación, preexiste a la definición del servicio como entidad dotada de personalidad jurídica privada.

El urbanizador, desde el mismo momento en el que es titular de un derecho exclusivo a urbanizar, experimenta un notable cambio en su esfera jurídica, en tanto obligado al cumplimiento de

³⁹⁴Cfr. José María BAÑO LEÓN, “El mercado público...”, *op. cit.*, pp. 31-44.

³⁹⁵ Cfr. Julio TEJEDOR BIELSA, “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico...”, *op. cit.*, p. 97.

³⁹⁶ Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad... *op. cit.*, p. 93.

ciertas obligaciones de servicio público. Obligaciones que se retribuirán con cargo a una fuente de financiación pública.

Dejando de lado a la figura de la junta de compensación, cuya especificidad justifica su ulterior tratamiento en epígrafe diferenciado, la cuestión aquí planteada consiste en dilucidar si esta relación de intensa dependencia a la que se somete el urbanizador es suficiente como para mutar su estatuto contractual genuinamente privado.

Abordaremos, a tal fin, los estatutos contractuales a los que hipotéticamente podría someterse la entidad urbanizadora -ya sea propietario de suelo o agente urbanizador-, exceptuando la hipótesis consistente en que se trate de una Administración pública o medio propio por su nulo interés a los efectos del presente trabajo.

2. Primera hipótesis: el urbanizador como poder adjudicador

Esta hipótesis es menos extravagante de lo que pudiera parecer, y no han faltado autores que defienden esta conversión, bien apelando al estatuto jurídico-público que les atribuye la legislación urbanística³⁹⁷, bien a una interpretación funcional del concepto de poder adjudicador³⁹⁸.

La cuestión pasaría por analizar, en las diferentes personificaciones que puede adoptar el promotor urbanístico privado, la concurrencia de los requisitos acumulativos previstos en la Directiva 2004/18/CE para identificar a un organismo de Derecho público³⁹⁹.

³⁹⁷ Cfr. José Manuel MERELO ABELA, *Régimen Jurídico del Suelo y Gestión Urbanística*, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1995, p. 343.

³⁹⁸ Cfr. Dimitry BERBEROFF AYUDA, "Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, octubre 2008, pp. 48-63, 61.

³⁹⁹ Sentencias de 18 de noviembre de 1999, *Danske Svineproducenters Serviceselskab y otros contra Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri*, C-275/98; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, C-283/00, apartado 69.

De acuerdo con el artículo 1.9 de la Directiva citada, son considerados “poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

- El requisito relativo a la *personalidad jurídica* no ofrece mayor dificultad, al igual que hoy en día tampoco es objeto de discusión la posibilidad de que tal personalidad jurídica sea privada⁴⁰⁰.

- La primera dificultad la encontramos en la circunstancia de que el urbanizador, por regla general, preexistirá a la definición del servicio. Es decir, no habrá sido *creado específicamente para desarrollar una actuación de promoción urbanística*, sino que el desarrollo de la actividad urbanizadora será, en muchos casos, una rama más de actividad o, incluso, una actividad complementaria a la edificación y promoción de vivienda. No obstante, el TJUE, abogando por una interpretación amplia y funcional de poder adjudicador, con ocasión del examen del asunto *Universale-Bau AG y otros*, ha puesto de manifiesto cómo una empresa constituida para una actividad exclusivamente privada a la que, más tarde, se le adjudica un contrato de explotación de un servicio público, puede obtener la condición de poder adjudicador con carácter sobrevenido a su constitución y al margen de sus previsiones estatutarias siempre que la nueva actividad no tenga carácter

⁴⁰⁰ Sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, apartados 54, 55 y 60.

industrial o mercantil⁴⁰¹. Por lo tanto, la personalidad jurídica privada preexistente de la entidad urbanizadora no permite

⁴⁰¹ Sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C- 470/99. La argumentación del Tribunal es contundente:

“57. A este respecto, debe destacarse que el efecto útil de la Directiva 93/37 no quedaría plenamente garantizado si el régimen que establece pudiera no aplicarse a una entidad que cumple los requisitos enunciados en su artículo 1, letra b), párrafo segundo, por el mero hecho de que las tareas de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil que realiza en la práctica no le fueron confiadas desde su creación.

58. Esta misma preocupación por garantizar la eficacia del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 se opone igualmente a que pueda hacerse una distinción en función de que los estatutos de dicha entidad hayan sido adaptados o no con objeto de reflejar las modificaciones efectivas de su ámbito de actividades.

59. Además, es preciso señalar que el tenor del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 no contiene referencia alguna al fundamento jurídico de las actividades de la entidad de que se trate.

60. Por otra parte, por lo que se refiere a la definición del concepto de organismo de Derecho público del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50, cuya redacción es idéntica a la del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la existencia o la inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades (sentencia de 10 Nov. 1998, *BFI Holding*, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartado 63).

61. Se desprende de lo anterior que carece de relevancia el hecho de que, en el litigio principal, la ampliación del ámbito de actividades de EBS no haya dado lugar a una modificación de las cláusulas de sus estatutos relativas a su objeto social.

62. En efecto, aunque los estatutos de EBS no recogieron formalmente la función de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, ésta se encuentra establecida, sin embargo, en los contratos que celebró con el Ayuntamiento de Viena y pueden, por tanto, comprobarse de manera objetiva.

63. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que *una entidad que no ha sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil pero que posteriormente se ha encargado de satisfacer dichas necesidades, cumple el requisito exigido por el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 93/37, para poder ser*

excluir, por sí sola, su naturaleza de poder adjudicador, debiendo verificar la concurrencia de los restantes requisitos, en particular, si la entidad desarrolla una *actividad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil*.

El concepto de actividad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil es un concepto autónomo de Derecho comunitario, al que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de una jurisprudencia hartamente casuística, ha logrado recubrir de un importante halo de incertidumbre.

El Tribunal insiste en que la apreciación de la naturaleza de la actividad exige la consideración de la totalidad de circunstancias, fácticas y jurídicas, en la que se desarrolla; así como que dichas circunstancias han de ser valoradas con arreglo a una serie de criterios indiciarios que han de concurrir, ora conjuntiva, ora copulativamente⁴⁰².

Los criterios indiciarios identificados por el Tribunal en sucesivos pronunciamientos son los siguientes: la existencia de una competencia desarrollada; la existencia de ánimo de lucro en la entidad prestadora del servicio; la existencia de mecanismos para compensar las posibles pérdidas financieras y, finalmente, que el Estado decida realizar las actividades por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante⁴⁰³.

Ahora bien, la presencia de uno de estos indicios no siempre es determinante del resultado de la valoración.

Al calor de dichos indicios se ha negado la concurrencia de este requisito en la actividad de promoción urbanística, en tanto el agente urbanizador desarrolla su actividad en condiciones

calificada de organismo de Derecho público en el sentido de la referida Directiva, siempre que se pueda comprobar objetivamente que satisface tales necesidades”.

⁴⁰² Cfr. Isabel GALLEGO CORCOLES, “El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 77, julio 2008, pp. 44-55,53.

⁴⁰³ *Vid.* STJUE de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding*, C-360/96; 1 de febrero de 2001, *Comisión contra Francia*, C-237/99; 10 de enero de 2001, *Agorá*, C-223/99 y C-260/99; 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00 y de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros*, C-18/2001.

normales de competencia y tiene ánimo de lucro⁴⁰⁴. Opinión esta que no podemos compartir por las razones que se exponen a continuación.

Es incuestionable la voluntad legislativa de reservar a favor del Estado una influencia determinante en el desarrollo de la actividad urbanizadora. Hasta tal punto es así que, con la ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, se produce una auténtica *nacionalización* de la actividad urbanizadora⁴⁰⁵, por lo que la influencia determinante del Estado no se limita únicamente a la aprobación de los instrumentos definidores de la obra pública, sino que alcanza al otorgamiento del derecho mismo a urbanizar que no se integra ya en el contenido normal del derecho propiedad del suelo.

Otro indicio más de que nos hayamos ante una actividad económica de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil lo encontraríamos en la existencia de un mecanismo de compensación de las pérdidas financieras derivadas de la actividad urbanizadora, consistente en la equidistribución de los costes de gestión entre los propietarios del suelo que, de esta forma, son los que realmente soportan los costes económicos de la actividad⁴⁰⁶.

Es cierto que el urbanizador, ya sea agente urbanizador o propietario, se mueve por un indudable ánimo de lucro. No obstante esta circunstancia, por sí sola, no determina el carácter industrial o mercantil de la actividad de promoción de la urbanización, dado que el urbanizador busca el lucro, no en la actividad de urbanización, sino en la plusvalía de los solares resultantes.

La concurrencia de los indicios citados -influencia determinante del Estado y compensación de pérdidas financieras- y la tendencia del Tribunal de hacer una aplicación extensiva de los

⁴⁰⁴ Cfr. Alfonso VÁZQUEZ OTEO, *El Agente Urbanizador... op. cit.*, pp. 172-175.

⁴⁰⁵ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo...”, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁰⁶ Cfr. Ramón PAIS RODRÍGUEZ, “El agente urbanizador o la conversión de una función pública en una actividad empresarial privada sin riesgo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, segundo semestre 2004, pp. 313-343, 325.

mismos⁴⁰⁷ inducen razonablemente a calificar la actividad de urbanización en una actividad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil⁴⁰⁸.

- La argumentación anterior nos lleva a analizar el tercero de los requisitos: *el control o influencia dominante por un ente de Derecho público*. La Directiva recoge este supuesto a través de tres presunciones de control: el relativo a la financiación de la entidad - que ha de ser mayoritariamente pública-; el relativo al control de su gestión por parte del Estado, de entes territoriales u otros organismos de Derecho público; y el relativo a la composición de sus órganos de administración, dirección o vigilancia.

Sin ánimo de anticipar conclusiones acerca de la naturaleza pública o privada de la financiación de los gastos de urbanización, debe tenerse en cuenta que una cosa es que la financiación sea pública y otra muy distinta es que sea mayoritaria. Y aquí la cuestión alcanza un nivel de incertidumbre difícilmente aceptable.

En efecto, tal y como afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por mayoritaria debe entenderse “más de la mitad” y para su cálculo han de considerarse la totalidad de los ingresos de la entidad cualquiera que sea la fuente o rama de actividad de la que provenga⁴⁰⁹.

Ello conllevaría que, para cada actuación de promoción urbanística, la Administración urbanística de turno tendrá que calificar el estatuto contractual del promotor a la vista de sus datos contables, con la finalidad de determinar su sujeción o no a la normativa comunitaria de contratación pública.

Las consecuencias entrarían de lleno en el absurdo, pudiendo darse el caso que, en función del número de promociones desarrolladas por el urbanizador y de su importancia con respecto a las restantes ramas de actividad, pudiera tener o no la consideración de poder adjudicador.

⁴⁰⁷ Cfr. Isabel GALLEGO CORCOLES, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁰⁸ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/09, de 26 de febrero de 2010 admite la concurrencia de este requisito en las juntas de compensación, conclusión ésta que debe aceptarse igualmente respecto del agente urbanizador dada la identidad de funciones.

⁴⁰⁹ STJUE de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98.

Otro problema surgiría con la aplicación de la teoría del contagio, en tanto sometería las restantes ramas de actividad del urbanizador a la normativa pública contractual, perturbando gravemente las condiciones de actuación de la empresa en el mercado en relación a sus competidores⁴¹⁰.

Una posible solución pasaría por no computar como pública la financiación imputable a otras Administraciones públicas para proyectos urbanísticos diferentes, debido a que la acumulación de financiaciones afectadas a proyectos que nada tienen que ver entre sí y que proceden de distintas Administraciones territoriales no se traduce en una influencia o control efectivo sobre la voluntad contractual de la entidad adjudicataria, en tanto no se articulan en torno a mecanismos de coordinación que puedan dar lugar a una acción concertada de influencia sobre la voluntad contractual del urbanizador.

En este sentido, en el asunto *The University of Cambridge*, el Tribunal consideró que la financiación recibida en el seno de una relación sinalagmática libremente negociada y como contraprestación a una prestación patrimonial, no constituye financiación pública a los efectos de determinar la existencia de una influencia pública dominante⁴¹¹.

De admitir que la relación entre Administración y urbanizador es una relación onerosa marcada por un indudable y recíproco interés patrimonial, la doctrina vertida en el asunto *The University of Cambridge* debería llevarnos a afirmar que la financiación percibida en concepto de gastos de urbanización no computa como financiación pública a los efectos de la verificación del cumplimiento del tercer requisito del artículo 1.9 de la

⁴¹⁰ En relación la teoría del contagio, vid. conclusiones del Abogado General sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 22 de noviembre de 2007, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH contra Fernwärme Wien GmbH*, C-393/06, apartado 53. Asimismo, STJUE de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, C-44/96, apartados 25, 26 y 31; de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding*, C-360/96, apartados 55 y 56; de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, apartado 56 y de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros*, C-18/2001, apartado 58.

⁴¹¹ STJUE de 3 de octubre de 2000, *The University of Cambridge*, C-380/98, apartados 24 a 26 o de 13 de abril de 2010, *Wall AG*, C-91/08, apartado 56.

Directiva 2004/18/CE.

La negación de la concurrencia de las restantes presunciones -el control de su gestión o a la composición de sus órganos de administración, dirección o vigilancia- no exigen de mayor esfuerzo argumental, dado que ni el ordenamiento jurídico prevé tales nombramientos, ni el control ejercido es un control de gestión, sino de resultado⁴¹².

Debe concluirse, por tanto, que la entidad urbanizadora (agente urbanizador o propietario único) no tiene la condición de poder adjudicador en tanto no está mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, su gestión no se halla sometida a un control por parte de estos últimos, y sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia no están compuestos por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

3. Segunda hipótesis: el urbanizador como central de compras

Descartada la posibilidad de concebir al urbanizador privado como poder adjudicador, debe descartarse asimismo su consideración como central de compras, en tanto la condición de central de compras se reserva a los poderes adjudicadores, tal y como se desprende del considerando 15 y del artículo 1.10 de la Directiva 2004/18/CE⁴¹³.

⁴¹² STJUE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, apartado 70.

⁴¹³ “15 Se han desarrollado en algunos Estados miembros determinadas técnicas de centralización de adquisiciones. Varios poderes adjudicadores se encargan de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. Estas técnicas contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos. Por consiguiente, conviene establecer una definición comunitaria de las centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores. Deben igualmente definirse las condiciones en las que, dentro del respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, puede considerarse que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras han respetado la presente Directiva”.

Pero, incluso en el supuesto de que el urbanizador fuese un poder adjudicador, el encargo de la Administración urbanística a la entidad urbanizadora no consiste en la celebración de uno o varios contratos, sino en la ejecución de la obra urbanizadora y en la prestación de cuantos servicios técnicos y económicos sean necesarios para garantizar su correcta ejecución y financiación, aunque para ello precise –y aún se le obligue– a subcontratar con terceros⁴¹⁴.

⁴¹⁴ STJUE de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, C-220/05:

“58. En su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si para celebrar un convenio como el controvertido en el litigio principal la entidad adjudicadora está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.

59. Con carácter preliminar, debe señalarse que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva son las que se mencionan expresamente en ella (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 43, y de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 45).

60. Ahora bien, la Directiva no contiene ninguna disposición comparable al artículo 6 de la Directiva 92/50, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos públicos adjudicados, en determinadas condiciones, a entidades adjudicadoras (véanse las sentencias, antes citadas, *Teckal*, apartado 44, y *Carbotermo y Consorzio Alisei*, apartado 46).

61. Debe subrayarse que el artículo 11 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), prevé, en particular, una excepción para las entidades adjudicadoras que adquieran obras por medio de las centrales de compras definidas en el artículo 1, apartado 10, de la misma Directiva. Sin embargo, esta disposición no es aplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio principal

62. Por consiguiente, la entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que pretende celebrar el contrato en cuestión con una segunda entidad adjudicadora (véanse, por analogía,

4. Tercera hipótesis: el urbanizador como sustituto de la Administración

La ya comentada Sentencia recaída en el asunto *Ordine degli architetti* hace referencia a una tercera modalidad de estatuto contractual del promotor urbanístico privado: la de sustituto legal de la Administración urbanística.

Tal y como expusimos anteriormente, la aplicación de la figura de la sustitución es alternativa a la aplicación de la Directiva en la selección del urbanizador, de forma tal que, de seleccionarse el urbanizador con arreglo al procedimiento previsto en la misma, sería del todo punto innecesario su aplicación a la relación contractual surgida entre urbanizador y constructor. Correlativamente, si el urbanizador se identifica normativamente de forma tal que el poder adjudicador no tenga margen de elección del urbanizador, la aplicación de la Directiva a los contratos a perfeccionar entre el urbanizador y el constructor sería preceptiva.

Pero esto no significa que el poder adjudicador pueda optar entre aplicar la Directiva en uno u otro caso, ya que la doctrina vertida en el asunto *Ordine degli Architetti y otros* se aplica, exclusivamente, a la figura de la sustitución legal, dejando de lado otras figuras de gestión de negocios ajenos tales como el mandato⁴¹⁵.

Aparentemente, la aplicación de esta doctrina a nuestro ordenamiento jurídico tendría cabida en la figura del propietario de suelo, si bien exclusivamente en aquellos ámbitos en los que se hubiera fijado como sistema de actuación el de concierto, propietario único o sistema autonómico equivalente.

No obstante, la coexistencia de diferentes sistemas de

las sentencias Teckal, antes citada, apartado 51; de 7 de diciembre de 2000, ARGE, C-94/99, Rec. p. I-11037, apartado 40, y de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 47). Esta apreciación no afecta a la obligación que, por su parte, incumbe a esta última entidad adjudicadora de aplicar los procedimientos de licitación previstos en la Directiva (véase, por analogía, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 45)”.

⁴¹⁵STJUE de 20 de octubre de 2005, Comisión contra Francia, C-264/03, apartados 56 y 57. Esta diferenciación es alegada igualmente por la Abogada General sra. Juliane Kokott, presentadas el 15 de junio de 2006, *Jean Auroux y otros*, C-220/05, apartados 75 y 76.

actuación en la legislación urbanística y la posibilidad de la Administración de elegir el sistema aplicable a cada actuación, implican en la práctica una capacidad para elegir, al menos indirectamente, al titular de la actividad urbanizadora⁴¹⁶.

Y no puede admitirse que, por la vía de la fijación del sistema de actuación y a la vista de la relación nominal de propietarios afectados, la Administración pueda optar entre otorgar la habilitación para la ejecución de la urbanización directamente a dichos propietarios o encomendarse al resultado de la libre competencia.

Podemos, pues, concluir que la figura de la sustitución legal sólo tendría cabida en un ordenamiento en el que la ley reconociese, al margen de la voluntad de la Administración, el derecho preferente de los propietarios del suelo a la promoción urbanística, lo que hoy por hoy no es posible bajo el tenor del artículo 6 del TRLS 2008⁴¹⁷.

Por lo demás, el estatuto contractual del sustituto legal sería el propio de una empresa privada, si bien se sujetaría a la obligación de adjudicar el contrato con arreglo a la Directiva 2004/18/CE en los contratos de cuantía superior a los umbrales de coordinación comunitaria y a los principios de transparencia y no discriminación en los contratos de cuantía inferior e interés transfronterizo cierto⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Cfr. José María BAÑO LEÓN, “El mercado público...”, *op. cit.*, p. 33.

⁴¹⁷ La afirmación relativa a la imposibilidad de aplicar la figura de la sustitución legal bajo la vigencia del TRLS 2008 dependerá del alcance y significado de las “peculiaridades o excepciones” que la legislación urbanística prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo, y que nosotros entendemos limitada a una participación *ute cives*.

En coherencia con nuestra tesis según la cual el Derecho comunitario no permite el otorgamiento directo a los propietarios de suelo del derecho exclusivo a urbanizar, defendemos la imposibilidad de aplicar la figura de la sustitución legal preconizada en el asunto *Ordine degli architetti*.

⁴¹⁸ Sentencia del Tribunal General, de 20 de Mayo de 2010, *República Federal de Alemania contra Comisión Europea*, T-258/2006, en relación a la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no

5. Cuarta hipótesis: el urbanizador como gestor de un servicio de interés económico general

La última hipótesis aquí planteada sería aquella en la que el estatuto de la entidad urbanizadora se correspondería con la de una empresa gestora de un servicio de interés económico general.

En páginas anteriores defendimos la tesis según la cual la actividad de promoción urbanística participa de la naturaleza de un servicio de interés económico general, y como tal habría sido homologada en el TRLS 2008⁴¹⁹.

De aceptarse esta premisa, y ante la constatación de que la actividad de promoción urbanística como servicio de interés económico general no ha sido objeto de armonización comunitaria, únicamente quedaría sujeta a la previsión contenida en el artículo 106.2 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, según el cual “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”⁴²⁰.

Proponemos, por lo tanto, la sumisión de la actividad contractual de la empresa urbanizadora a las normas de los Tratados relativas a la libertad de circulación, pero no una sujeción general al Derecho comunitario derivado de contratación pública, salvo, claro está, que la empresa tenga la condición de poder adjudicador o desarrolle alguna de las actividades previstas en los artículos 3 a 7 Directiva 2004/17/CE.

Cuestión distinta es la selección del urbanizador como gestor del servicio, si bien la eventual falta de adecuación a Derecho comunitario de los mecanismos de selección del operador de primer nivel (urbanizador) no puede incidir en el régimen contractual de selección del proveedor del operador, tal y como

cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.

⁴¹⁹ Exposición de motivos del TRLS 2008, apartado IV.

⁴²⁰ Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2007.

concluimos a propósito del comentario a la sentencia *Unitrom Scandinavia*⁴²¹.

A nuestro juicio, esta última hipótesis es la más plausible, en tanto se ajusta perfectamente al marco comunitario y salvaguarda el principio de proporcionalidad y la libertad de circulación, debiendo descartarse tanto las posturas que defienden la metamorfosis contractual del urbanizador, por desproporcionadas, como aquellas otras que defienden una autonomía de la voluntad contractual desentendida del proceso de construcción europea.

IV. LA ONEROSIDAD DEL CONTRATO

1. La financiación de las obras de urbanización: carga jurídico-real o prestación patrimonial de carácter público

De entre todos los requisitos contenidos en la Directiva 2004/19/CE para apreciar la existencia de un contrato público de obras, la onerosidad de la relación surgida entre la Administración urbanística y el promotor de la urbanización es, sin lugar a dudas, el más discutido.

Desde el mismo momento en que se conoció la sentencia recaída en el asunto *Scala*, parte de la doctrina española ha defendido que la relación nacida entre la Administración urbanística y el agente urbanizador no es una relación sinalagmática, en tanto no existe una prestación onerosa a cargo de la Administración⁴²².

De acuerdo con este pensamiento, la ejecución de la obra urbanizadora a través de un sistema de actuación indirecto

⁴²¹ STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Danske Svineproducenters Serviceselskab y otros contra Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri*, C-275/98.

⁴²² Entre otros, *vid.* Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE...” *op. cit.*, p. 17, y “La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?”, *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 23, 2011, pp. 15-20,19; Francisco BLANC CLAVERO, “La posición jurídica del urbanizador...”, *op. cit.*, pp. 147 y ss.; Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual...”, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

conlleva el nacimiento de una relación triangular entre la Administración urbanística, la entidad urbanizadora y los propietarios del suelo. De forma tal que la entidad urbanizadora ejecuta las obras de urbanización en contraprestación al pago de las cuotas de urbanización por los propietarios del suelo. Es decir, la relación surgida entre el urbanizador y el propietario es una relación caracterizada por la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones de las partes: la ejecución de la obra a cambio de un precio cierto.

Sin embargo, la cesión a la Administración de las obras objeto de esa relación onerosa ya no participa de la misma *causa solvendi*, sino que deriva del cumplimiento de una obligación de derecho público nacida de la legislación y ordenación urbanística y fijada en el convenio de gestión⁴²³. Y esta nueva y distinta relación no acarrea ninguna contraprestación para la Administración, dado que no conlleva ningún desplazamiento de su esfera patrimonial.

Por otra parte, el mero ejercicio de las competencias de la Administración en materia urbanística no puede concebirse como una obligación de hacer a integrar en una relación onerosa, ya que es una actuación *extra commercium* no susceptible de transacción. De ahí que los defensores de esta postura consideren que la Administración “no da nada a cambio” de las obras de urbanización que recibe, por lo que la relación no puede ser calificada de onerosa.

Este esquema pone de manifiesto que la onerosidad de la relación depende de la naturaleza de la financiación de las obras de urbanización.

En efecto, si la financiación de las obras de urbanización es pública (con independencia de que circule por manos privadas) entonces la contraprestación a la ejecución de las obras podría ser imputable, directa o indirectamente, a la Administración receptora de dichas obras, manifestándose de este modo la onerosidad de la cesión.

Por el contrario, si la financiación de las obras de urbanización es pura y netamente privada, el esquema argumental

⁴²³ Cfr. Francisco BLANC CLAVERO, “La posición jurídica del urbanizador...”, *op. cit.*, pp. 148 y ss. y Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual...”, *op. cit.*, p. 252.

anteriormente expuesto es irreprochable, dado que es inconcebible qué contraprestación abona la Administración por las obras recibidas.

Aquellos autores que han defendido esta última tesis lo han hecho desde una posición común: el considerar que la financiación de las obras de urbanización por los propietarios del suelo constituye el levantamiento de una “carga” jurídico-real derivada de la definición estatutaria del contenido de su derecho de propiedad⁴²⁴.

En palabras de PAREJO ALFONSO⁴²⁵:

“La urbanización que ejecuta el urbanizador (como agente urbanístico específico) es financiada por éste para que su coste se le restituya por los propietarios de suelo (o se le abone por éstos mediante pago en especie, es decir, con solares resultantes) y asumida por él a efectos de que se retribuya su actuación profesional-empresarial igualmente por los propietarios (en dinero o en especie), toda vez que el coste de las obras y el coste de la gestión (la retribución del urbanizador) son legalmente cargas urbanísticas reales que pesan sobre los terrenos, es decir, la propiedad, y se traducen (en el proceso urbanístico) en deberes inherentes al régimen urbanístico de ésta, de cuya aplicación se trata -incluso por exigencia de las condiciones básicas de igualdad impuestas por la legislación general-estatal- en el curso de dicho proceso. De nuevo aquí se llega a idéntico punto: la naturaleza de obras privadas con destino público de las de urbanización asumidas y realizadas por el urbanizador (costeadas en último término por los propietarios y únicamente financiadas en todo caso por el urbanizador)”.

Esta concepción choca con la de aquellos que marcan diferencias entre la obligación de costear la urbanización y la

⁴²⁴ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE...” *op. cit.*, p. 17; Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad ...”, *op. cit.*, p. 103; Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual..”, *op. cit.*, p. 245; Luciano PAREJO ALFONSO y Francisco BLANC CLAVERO, *Derecho urbanístico valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 300.

⁴²⁵ Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad ...”, *op. cit.*, p. 103.

facultad de levantamiento de una carga sobre un derecho real, en tanto la primera tendría su origen en un deber legal con respaldo coercitivo mientras la segunda se ejercita desde la autonomía de la voluntad del propietario en la administración y disposición de su patrimonio⁴²⁶.

Sintetiza perfectamente esta idea Agustín DE ASÍS ROIG, en el siguiente texto:

“Pero en este punto se desvela otra importante característica, y es el carácter coactivo y administrativo de la relación: (1) los propietarios ni eligen al agente urbanizador, ni determinan el precio con éste, sino que el precio de las operaciones de urbanización es fijado en el acto de adjudicación con la que la Administración resuelve el procedimiento de adjudicación del programa; (2) el pago se realiza en cumplimiento de un deber legal o público, cuyo incumplimiento habilita a la Administración urbanística competente para acordar el cumplimiento ejecutivo de dicha obligación. En consecuencia y debido al carácter público de este pago —como se deduce de la posibilidad de que sea recaudado en vía de apremio—el agente urbanizador los percibe en concepto de «delegado» de la Administración actuante”⁴²⁷.

De acuerdo con esta segunda concepción, las cuotas de urbanización deberían calificarse como prestaciones patrimoniales de carácter público, dando origen a una fuente de financiación que, si bien no llega a circular a través de los cauces presupuestarios de la Administración urbanística, sí lo hace a través de sus delegados (Junta de Compensación o agente urbanizador)⁴²⁸. Y el carácter

⁴²⁶ Cfr. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, en GÓMEZ-REINO y CARNOTA, dir., *Ordenamientos urbanísticos. Valoración...*, *op. cit.*, p. 210. En relación a la progresiva desaparición de la distinción entre carga y deber de costear la urbanización, vid. Luciano PAREJO ALFONSO, “Reivindicación del urbanismo...”, *op. cit.*, p. 55.

⁴²⁷ “Caracterización de la función de urbanización...” *op. cit.*, p. 223.

⁴²⁸ Cfr. Agustín DE ASÍS ROIG, “Caracterización de la función de urbanización...” *op. cit.*, pp. 194 y 195; José María GIMENO FELIÚ, “Actividad urbanística y contratos públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas”, en el libro colectivo *Monografías Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. IX,

público de la financiación deriva de que “sólo la Administración la puede hacer factible”⁴²⁹, pues su efectividad no depende tanto de la voluntad del propietario como de la Administración.

En esta modalidad de circulación extrapresupuestaria de financiación pública, el pago de la contraprestación se efectuaría a través del mecanismo de compensación de créditos y afloraría en la aprobación de aquellos actos de poder público imprescindibles para que el urbanizador pueda disponer efectivamente de los terrenos o de las cuotas correspondientes⁴³⁰. Lo que convierte a la

2007, pp. 149-182 ; 166. En términos análogos *vid.* Ricard ESCRIVÁ CHORDÁ, *La figura del urbanizador*, Montecorvo, Madrid, 2003, p. 58; Alfonso VÁZQUEZ OTEO, *El Agente Urbanizador*, *op. cit.*, p. 144; José Antonio ÁLVAREZ CORCHETE, “El agente urbanizador como sistema de gestión urbanística”, en la obra colectiva, *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, dirigida por los profesores Luis Martín REBOLLO y Roberto O. BUSTILLO BOLADO, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 599-612, 606 y *Vid.* José Antonio TARDÍO PATO, “La STJUE de 26-5-2011...”, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

⁴²⁹ José María BAÑO LEON. “La figura del contrato en el Derecho Público...”, *op. cit.*, pág.26.

⁴³⁰La idea de la vinculación entre el necesario respaldo coercitivo del Estado y el carácter público de la financiación se desarrolla por GIMENO FELIU en los siguientes términos:

“En todo caso, la aprobación por parte de la Administración de dichas expropiaciones, reparcelaciones forzosas o liquidaciones forzosas constituye un pago de la Administración al urbanizador, en la medida en que le permite disponer de terrenos o de cantidades en metálico que la Administración pone a su disposición, de los que no podría disponer de otro modo y con los cuales se pagarán los costes de urbanización del urbanizador, incluyendo su beneficio empresarial. El hecho de que dichas actuaciones puedan ser posteriores a la aprobación del Programa de Actuación Integrada por parte del Ayuntamiento no compromete la calificación del carácter oneroso de dicho contrato. Dicho de otro modo, si el Ayuntamiento no aprueba dichas actuaciones sobre los terrenos de los propietarios (o cantidades en metálico) que han declinado cooperar, dichos terrenos (o cantidades en metálico) no pueden ser afectados al Programa de Actuación Integrada, por lo que llegaríamos a la conclusión de que el urbanizador no es retribuido, lo que sería contrario a los artículos 29 y 66 de la LRAU (1994).

Esta financiación pública queda igualmente acreditada cuando se observan las prerrogativas del urbanizador, que demuestran la existencia de una deuda del urbanizador a favor de la Administración, al disponer que en el caso de que el Programa se haya resuelto y que el agente urbanizador haya incumplido su obligación específica de convertir en

relación entre el urbanizador y la Administración en onerosa y explica la *causa solvendi* en la pérdida de una financiación que, de optar por un sistema de gestión directa, ingresaría en sus estados presupuestarios.

2. El reflejo jurisprudencial del debate doctrinal

A pesar de la profusión de pronunciamientos de los diferentes tribunales a favor de la aplicación de la legislación básica de contratos a las figuras del Agente urbanizador y de la Junta de Compensación, son pocos los que afrontan de manera decidida la espinosa cuestión de la onerosidad de la relación⁴³¹. Lo

solar la correspondiente parcela de quien debe retribuirle, adeudará a la Administración actuaria el valor de las retribuciones ya percibidas, previo descuento del de las obras realizadas, o en caso de mora en su obligación de urbanizar, los intereses de la cantidad que resultaría de dicha sustracción. Dichas cantidades serán recaudadas por vía de apremio y se destinarán preferentemente a garantizar o sufragar la total ejecución de las obras o, subsidiariamente, a compensar a los propietarios por los perjuicios sufridos. Este artículo demuestra, por lo tanto, que existe una deuda a favor de la Administración ya que, en caso de resolución del Programa, el urbanizador no ha de devolver la retribución recibida a los propietarios, como sería el caso en una relación contractual privada entre un constructor y un propietario privado de un terreno, sino que devuelve dicha retribución al Ayuntamiento, que no tiene como función principal la de salvaguardar la regularidad de la operación con respecto a los derechos de los propietarios, sino que decide el fin que ha de dársele a dichas cantidades, que se han de afectar preferentemente a garantizar o a sufragar la ejecución total de las obras o subsidiariamente, a compensar a los propietarios por los perjuicios sufridos. La existencia de dicha deuda demuestra, por lo tanto, la existencia de una prestación realizada por el urbanizador a favor del Ayuntamiento y por lo tanto, el carácter oneroso de dicho contrato”. José María GIMENO FELIÚ “Actividad urbanística y contratos públicos...” *op. cit.*, p. 166. Postura que reitera en “El urbanismo como actividad económica...”, *op. cit.*, pp. 76, 77 y 82.

⁴³¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 2008, rec. 1231/04; de 4 de enero de 2007, rec. 4839/2003; 5 de febrero de 2008, rec. 714/2004; de 28 de diciembre de 2006, rec. 4245/2003; de 27 de marzo de 2007, rec. 6007/2003; 6 de junio de 2007, rec. 7376/2003; de 27 de diciembre de 2007, rec. 10/2004 y de 27 de febrero de 2008, rec. 6745/2005, siendo ponente de todas ellas Jesús Ernesto Peces Morate. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia tampoco centran el debate en torno a la cuestión de la onerosidad. *Vid.*, por todas; STSJ Comunidad Valenciana de 1 de octubre de 2002, de 5 de febrero de 2003, de 8 de mayo de 2003 o la dictada en fecha 2 de Junio de 2008.

que en buena parte es debido a que la línea jurisprudencial dominante -aquella que aboga por sujetar la selección del agente urbanizador y la actividad contractual de las Juntas de Compensación a la legislación contractual administrativa- se ha forjado en argumentos de corte formal u orgánico, consonantes con la estructura de nuestra legislación contractual administrativa.

Uno de estos escasos pronunciamientos lo aporta la sentencia de 15 de diciembre de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos⁴³², quien se expresa en los siguientes y desafortunados términos:

“De la lectura del contrato firmado por las partes no se desprende que se establezcan obligaciones de onerosidad realmente importantes que obliguen a la Administración, pero en la cláusula V.3 del contrato se recogen obligaciones a cumplir por la Administración, al disponer que el Excmo. Ayuntamiento de Burgos "se compromete a hacer sus mejores esfuerzos a los efectos de respetar escrupulosamente los términos y plazos legalmente establecidos en la tramitación de los procedimientos que en su caso procedan"; así como también "se compromete a agilizar al máximo la tramitación procedimental, aplicando, cuando proceda, las normas reguladoras de los procedimientos abreviados y/o simplificados", así como que "en aras de la mejor consecución del interés general, la Corporación Local deberá conferir traslado al Urbanizador, en cuanto titular de un interés legítimo, de cuantas Alegaciones y/o Manifestaciones sean formuladas por los Propietarios interesados,..., así como mantenerle cumplidamente informado de cuantas incidencias acontezcan en relación con la gestión de la Actuación Integrada a que hace referencia el presente Contrato". *Por consiguiente, en este sentido, sería aplicable lo dispuesto en esta Directiva, de forma directa, por cuanto que existe, aunque sea pequeña, una contraprestación onerosa a cargo de la Administración, como viene a recoger la sentencia antes indicada de fecha 21 de julio de 2001, al disponer, en su apartado 79, "así como una parte proporcional del coste de las obras de urbanización*

⁴³² TSJ de Castilla y León de Burgos, Sentencia de 15 de diciembre de 2006, rec. 810/2003.

secundaria inherentes a la urbanización o de las obras que sean necesarias para conectar la zona de que se trate con los servicios públicos" que corresponde a los propietarios, correspondiendo la otra parte de este tipo de obras, aunque sean secundarias, a la administración, y en base a ello este Tribunal considera concurre el requisito de onerosidad en el contrato para la Administración".

El Tribunal identifica erróneamente el sinalagma de la relación con la tramitación municipal del procedimiento ("agilizar al máximo la tramitación procedimental", conferir traslado al Urbanizador de cuantas Alegaciones y/o Manifestaciones sean formuladas, "mantenerle cumplidamente informado"...), lo que es tanto como fijar como contraprestación en una relación onerosa el ejercicio de una competencia administrativa irrenunciable, indisponible e intransferible, y de cuyo ejercicio no se deriva ninguna pérdida patrimonial.

Al tiempo que contradice la doctrina vertida por el TJUE en el asunto *Helmut Müller*, según la cual "el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18"⁴³³.

En la misma línea aboga la sentencia de 10 octubre de 2008 de la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que analiza la posible primacía de la Directiva 93/37/CEE sobre la LRAU y la LUV, llegando a la siguiente conclusión:

"Por lo que al respecto la duda interpretativa atiende a la posible determinación del carácter oneroso del contrato especial Administración-agente urbanizador, en los términos en que el mismo es contemplado en la LRAU, sugerencia que asimismo seguirá siendo aplicable en los términos en los que viene regulada dicha contratación en la LUV, por cuanto es posible afirmar, aplicando los criterios interpretativos funcionales de la Sentencia *Scala*, que *el sinalagma de dicho contrato*, en una u otra modalidad, contraprestación en el primero o derecho de explotación en el segundo, *es la puesta*

⁴³³ STJUE de 25 de marzo de 2010, C-451/2008, apartado 57.

a disposición del agente urbanizador de la potestades administrativas para obtener de los particulares su retribución, pues la DC incluye la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Por lo que la sumisión de la relación agente urbanizador-Administración a la Directiva 93/37, a raíz de los criterios interpretativos de la Sentencia Scalla, es cuestionable”⁴³⁴.

Esta sentencia, en tanto identifica la contraprestación con “*la puesta a disposición del agente urbanizador de la potestades administrativas para obtener de los particulares su retribución*” y no con la retribución misma (pública en tanto fruto de esa potestad) incurre en el mismo error que la comentada anteriormente, si bien con el agravante de que supone un paso atrás en el correcto entendimiento que el mismo Tribunal había expresado en su sentencia de 1 de octubre de 2002⁴³⁵.

No más explícitos son los argumentos vertidos en opinión contraria, recaídos todos ellos a propósito del examen de la posible consideración de las Juntas de Compensación como poder adjudicador.

Un primer ejemplo lo encontramos en el reciente informe 44/09 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁴³⁶ que, tras exponer los requisitos exigidos en el artículo 3.1.h) de la LCSP para apreciar la existencia de un poder adjudicador, entra a valorar la concurrencia del relativo a la financiación pública mayoritaria, llegando a la siguiente conclusión:

“Aquí es donde las Juntas de Compensación se separan claramente del conjunto de requisitos exigidos por el artículo

⁴³⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 2008, rec. 89/2003, FJ 4.

⁴³⁵ Y que acepta el carácter oneroso del contrato “(...) en tanto se compromete a entregar a la Administración Obra Pública a cambio de un precio (el que resulte del convenio entre el mismo y la Administración, aún cuando el mismo se repercute, por cierto, sin su intervención, a un tercero, los propietarios del suelo)...” STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 1322/2002, de 1 de octubre, rec. 378/1999, FJ 6.

⁴³⁶ Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010. «Aplicación de la Ley de contratos del sector público a las Juntas de Compensación urbanísticas».

3.1 h) de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, la financiación de las Juntas corre a cargo exclusivamente de los propietarios adheridos a las mismas y su control o gobierno es asumido por los órganos de representación de los propietarios, en los cuales a lo sumo habrá un representante del Ayuntamiento.

No se cumple, en consecuencia el requisito de que la financiación recaiga sobre entidades del sector público ni el de que el control de los órganos de administración dirección o vigilancia corresponda a una de estas entidades”.

Como se puede ver, la Junta Consultiva únicamente tiene en cuenta el flujo de la financiación propietarios-Junta de Compensación, sin entrar a estudiar la posible naturaleza pública de la misma.

Esta última postura es la que defiende en sus conclusiones el Abogado general sr. Niilo Jääskinen en el asunto seguido por la Comisión Europea contra el Reino de España por razón de la LRAU⁴³⁷, quien, tras estudiar el concepto comunitario de onerosidad, concluye:

“En el presente recurso por incumplimiento el responsable de financiar los costes de urbanización del procedimiento indirecto de gestión del PAI es el urbanizador, pero está legitimado para recuperar tales gastos de los propietarios del terreno. Por tanto, son los propietarios de terreno los que costean las obras públicas que precisa la urbanización”.

Lamentablemente, la sentencia del TJUE de 26 de mayo de 2011⁴³⁸ no entra a valorar de forma expresa las consideraciones vertidas por el Abogado general sr. Niilo Jääskinen dicho asunto, limitándose a afirmar:

“que algunas de las actividades que comprenden los PAI, tanto con arreglo a la LRAU como a la LUV (...) parecen corresponder, por su naturaleza, a las actividades

⁴³⁷ Conclusiones presentadas el 16 de septiembre de 2010 en el asunto C-306/08.

⁴³⁸ STJUE de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra España*, C-306/2008.

contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50, y II, parte A, de la Directiva 2004/18, relativas a los servicios mencionados en el artículo 1, letra a) de la Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente”.

Lo que presupone la onerosidad de la relación y la existencia de un contrato, si bien se omite toda argumentación al respecto⁴³⁹.

Es más prolija en su argumentación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de marzo de 2010⁴⁴⁰, que asume la tesis de aquellos para los que el costeamiento de las obras de urbanización es una carga que grava el derecho de propiedad del suelo, y no una exacción parafiscal a favor de la Administración urbanística, y lo hace en los siguientes términos:

“Tampoco cabe considerar que las juntas de compensación sean poderes adjudicadores de los contemplados en el artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE por ser organismos de derecho público ni pueden afirmarse que se trate de una concesionaria de obras públicas. En efecto, las juntas de compensación son la esencia del sistema de actuación por compensación, en el cual los propietarios de los terrenos (en el sistema de compensación la condición de miembro de la junta tiene carácter "ad rem", según precisa la STS de 4.5.1993, R..J. 3472) tienen la carga (entre otras) de ejecutar las obras de urbanización si quieren transformar sus terrenos en superficie apta para ser edificados. Se trata de una obligación legal ajena al ámbito subjetivo y objetivo de la normativa reguladora de la contratación administrativa”⁴⁴¹.

Concluyendo, los pronunciamientos que abordan expresamente esta cuestión son pocos, contradictorios y faltos de

⁴³⁹ Cfr. María Astrid MUÑOZ GUIJOSA, “Ejecución de la obra urbanizadora y normativa europea de contratación pública. A propósito del asunto Comisión contra España (C-306/08)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012, pp. 111-135, 135.

⁴⁴⁰ STSJ de la Rioja, de 11 de marzo de 2010, rec. 175/2009.

⁴⁴¹ En relación al agente urbanizador y en el mismo sentido de imputar la financiación a los propietarios, si bien con mucho menor esfuerzo argumental, *vid.* STSJ Comunidad Valenciana 1553/2005, de 29 de diciembre y 1563/2005, de 30 de diciembre de 2005.

una argumentación suficiente, pudiendo afirmarse que no existe un criterio jurisprudencial expreso sobre la onerosidad de la relación entre Administración y urbanizador.

En definitiva, el debate acerca de la onerosidad de la relación entre el urbanizador y la Administración urbanística se mantiene abierto en España, sin que la sentencia que en principio estaba llamada a solucionar definitivamente el enredo⁴⁴² haya aportado luz al mismo.

3. La onerosidad en la jurisprudencia del TJUE

A. Obtención de un beneficio económico directo

En la sentencia *Helmut Müller* el Tribunal de Justicia indica que “el carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación”⁴⁴³. Y, como es propio de un contrato de obras, “esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener (véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 77, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 45)”.

Ahora bien, el Tribunal se adentra en el concepto de onerosidad precisando que no basta con la mera ejecución de una obra para que concurra el elemento causal del contrato, sino que esta obra debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador. Este beneficio económico directo al que apela el Tribunal se puede identificar con el incremento patrimonial subjetivamente imputable al poder adjudicador, tal y como atestiguan los siguientes apartados:

“49. Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18, dicha prestación debe

⁴⁴² Anheló de claridad que expresaba Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en el título del artículo “La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?” *op. cit.*, en el que depositaba la esperanza de un pronunciamiento del TJUE sobre las consideraciones del Abogado general sr. Niilo Jääskinen acerca de la onerosidad de la relación.

⁴⁴³STJUE de 25 de marzo de 2010, C-451/2008, apartado 48.

conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador.

50. Este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato.

51. Puede constatarse también dicho beneficio económico si se establece que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato, a los efectos de su afectación pública (véase, en este sentido, la sentencia *Ordine degli Architetti y otros*, antes citada, apartados 67, 71 y 77).

52. Asimismo, el beneficio económico puede radicar en las ventajas económicas que el poder adjudicador pueda obtener en un futuro del uso o de la cesión de la obra por el hecho de haber participado económicamente en su realización o por los riesgos que asume en el supuesto de un revés económico de la obra (véase, en este sentido, la sentencia *Auroux y otros*, antes citada, apartados 13, 17, 18 y 45)".

El Tribunal entiende la causa onerosa en el contrato público de obras como una contraprestación patrimonial que da origen a un título jurídico de disposición sobre la obra, lo que lo aleja de aquellas otras obligaciones *ex lege* cuyo cumplimiento carece de relevancia patrimonial, como el ejercicio de intervención administrativa previa o de ordenación urbanística.

Consecuentemente, en contestación a la cuestión relativa a "si se cumplen tales requisitos cuando las obras previstas pretenden satisfacer un fin público de interés general cuyo respeto le corresponde garantizar al poder adjudicador, como el desarrollo o la coherencia urbanística de una zona municipal", el Tribunal responde:

"56. En los Estados miembros de la Unión Europea, la ejecución de obras de construcción, al menos cuando éstas son de una cierta envergadura, exige normalmente la autorización previa por parte del poder público competente en materia de urbanismo. Este poder está llamado a valorar,

en ejercicio de sus competencias normativas, si la ejecución de las obras se adecua al interés público.

57. Pues bien, el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18”.

Es decir, la satisfacción de la necesidad de la Administración de velar por el respeto al ordenamiento urbanístico, en tanto no afecta directamente a su esfera patrimonial, no constituye una causa suficiente para la perfección de un contrato público. No es este, sin embargo, el supuesto que aquí tratamos, en tanto la Administración obtiene “un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato, a los efectos de su afectación pública”. El incremento patrimonial experimentado en la esfera jurídica de la Administración es innegable.

Las conclusiones alcanzadas por el TJUE en el asunto *Helmut Müller*, si bien referidas a la prestación a recibir por la Administración, son igualmente predicables respecto de la contraprestación correspondiente al contratista. De forma tal que, para que la relación tenga el carácter de onerosa, el contratista debe recibir de la Administración, directa o indirectamente, un beneficio económico directo.

Es indudable que el ejercicio por la Administración de sus facultades coercitivas conlleva un beneficio económico para el urbanizador cuantificable, tanto en el valor de la ocupación del suelo como en la percepción de aquellas cantidades que, de otra forma, no habría podido cobrar de los propietarios del suelo.

No obstante, el ejercicio de un poder público no puede responder a una causa contractual sino exclusivamente a una obligación legal, por lo que “la puesta a disposición” del ejercicio de potestades administrativas nunca podrá constituir una causa contractual lícita y válida en derecho; de ahí la improcedencia de

aquellos pronunciamientos judiciales que interpretan el ejercicio de la función pública como el sinalagma del contrato⁴⁴⁴.

Esto no significa que la coactividad subyacente al pago de los costes de urbanización por los propietarios del suelo carezca de relevancia causal, sino simplemente que el ejercicio del poder coercitivo no constituye la causa del contrato.

La relevancia de la coactividad subyacente al pago de los costes de urbanización consiste en que la obligación de los propietarios no nace del contrato, sino de la ley, por lo que su causa no es correlativa a la ejecución de las obras de urbanización y se explica únicamente desde el poder coercitivo del Estado. De hecho, se puede dar el caso que el propietario no sólo no esté de acuerdo con la cantidad a abonar o a quién abonársela, sino que ni siquiera consienta el simple hecho de la transformación urbanística, pese a lo cual ha de cumplir igualmente su obligación financiera. Por lo tanto, no puede concebirse la relación entre urbanizador y propietario del suelo como una relación de causa onerosa, sino como una relación en la que el propietario actúa en cumplimiento de una obligación legal y el urbanizador como gestor de negocios ajenos.

Desde esta perspectiva, el urbanizador, como gestor de negocios ajenos, se encargaría de la recaudación voluntaria de las cantidades adeudadas por los propietarios del suelo a la Administración y, como contratista, se retribuiría con las cantidades cobradas de la ejecución material de la urbanización.

Este entendimiento de la relación entre Administración y urbanizador como contrato oneroso se opondría al tenor de la sentencia *Parking Brixen*⁴⁴⁵, según la cual la Directiva

⁴⁴⁴ STSJ de Castilla y León de Burgos de 15 de diciembre de 2006, rec. 810/2003 o STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 2008, rec. 89/2003.

⁴⁴⁵ STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/2003:

“39. Tal y como resulta de su octavo considerando, la Directiva 92/50 se aplica a los «contratos públicos de servicios», que se definen en el artículo 1, letra a), de dicha Directiva como «los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora». De esta definición se deduce que un contrato público de servicios, en el sentido de la Directiva, requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios.

2004/18/CE exigiría que la retribución al contratista la abonase directamente la Administración, oponiéndose al tenor de la Directiva el supuesto en el que la financiación de la obra se realice por terceros.

No obstante, el Tribunal de Justicia ha matizado la doctrina vertida en el asunto *Parking Brixen* en las sentencias recaídas en los asuntos *Bayerischer Rundfunk y otros* y *Hans & Christophorus Oymanns GbR*⁴⁴⁶. Esta nueva doctrina, en palabras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, implica que “*hay una financiación pública cuando la determinación del acto por el cual se acredita el pago y de las cantidades a satisfacer, incluso por particulares, provienen de un acto de Estado, es decir está previsto y se impone por ley y no resulta de una transacción contractual*”⁴⁴⁷. Si bien ambos asuntos estudian el concepto de financiación pública como criterio identificador de un poder adjudicador, sus conclusiones son perfectamente aplicables al supuesto aquí tratado, dado que si las cuotas de urbanización constituyen una modalidad de financiación

40. En cambio, en la situación a que se refiere la primera cuestión, la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos.

43. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que la adjudicación de la gestión de un aparcamiento público de pago por una autoridad pública a un prestador de servicios, en contrapartida de la cual el prestador percibe como retribución las cantidades abonadas por terceros para el uso de dicho aparcamiento, constituye una concesión de servicios públicos a la que no resulta de aplicación la Directiva 92/50”.

⁴⁴⁶STJUE de 14 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/2006 y de 11 junio 2009, *Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, C-300/2007.

⁴⁴⁷ Informe 3/2009, de 28 de mayo, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, sobre ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

pública, entonces la remuneración del urbanizador sería imputable a la Administración urbanística.

B. Asuntos Bayerischer Rundfunk y Hans & Christophorus Oymanns GBR. Onerosidad y financiación extrapresupuestaria

a) Asunto Bayerischer Rundfunk⁴⁴⁸

En el primero de los asuntos citados, *Bayerischer Rundfunk*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta el concepto de financiación pública mayoritaria respecto de aquellos supuestos en los que organismos independientes encargados de una misión de interés general se financian a través de un canon impuesto legalmente a los poseedores de aparatos receptores de señales de radiodifusión.

El supuesto concreto se refiere a los organismos de radiodifusión alemanes que, de acuerdo con la interpretación que de la legislación alemana hace el TJUE, son entidades de Derecho público, provistas de personalidad jurídica y a las que se confía una misión de interés público. Asimismo, estas entidades son independientes de los poderes estatales, gozan de autonomía en su gestión y están organizadas de manera que se excluya la influencia de los poderes públicos. Conforme a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales supremos alemanes, estos organismos no forman parte de la organización del Estado.

Los organismos de radiodifusión alemanes se financian mayoritariamente a través de la percepción de un canon de los poseedores de aparatos receptores de radiodifusión, cuyo devengo se produce con independencia del uso de los mismos.

Como reflejo de la autonomía de la que están provistos, su régimen financiero se concreta en convenios perfeccionados entre el poder federal (Bund) y los Länder.

El convenio relativo al importe del canon determina tanto las modalidades de pago como su importe, si bien éste es formalmente aprobado por los Parlamentos y los Gobiernos de los Länder.

⁴⁴⁸ STJUE de 14 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/2006.

En caso de impago del canon, el Convenio Estatal sobre el canon prevé la aplicación de un procedimiento administrativo de ejecución.

Por lo tanto, los organismos alemanes de radiodifusión son entes autónomos, que se financian mayoritariamente de la exacción a los titulares de aparatos receptores de radiodifusión de un canon, cuya cuantía determina el poder público y cuyo cobro respalda el Estado a través de un procedimiento de apremio.

La analogía de esta modalidad de financiación con la obligación de los propietarios de costear las obras de urbanización descansa en las siguientes identidades sustanciales:

- En ambos supuestos, las actividades financiadas consisten en la prestación de un servicio económico de interés general.

- En ambos casos, la obligación de los particulares de sufragar los costes del servicio tiene su origen en una fuente legal, no convencional, en cuya elaboración no participan.

- Los sujetos obligados a costear el servicio se identifican por su relación de poder sobre la cosa: titularidad dominical del suelo o posesión de un aparato de recepción.

- La fijación del importe, tanto de las cuotas de urbanización como del canon de radiodifusión, es determinado por un acto de poder público: aprobación del proyecto de equidistribución y aprobación del convenio relativo al canon.

- El importe del canon se determina en función del coste del servicio de radiodifusión y el importe de las cuotas de urbanización en función del coste del conjunto de actuaciones de transformación urbanística.

- En el supuesto de impago voluntario por los particulares, tanto las cuotas de urbanización como el canon de radiodifusión podrán ser cobradas por vía de apremio por el poder público.

Expuestos los rasgos esenciales de estos organismos y de su financiación, no es de extrañar que el órgano jurisdiccional alemán (*Oberlandesgericht Dusseldorf*), ante el alegato de un proveedor de servicios según el cual estos organismos deberían adjudicar sus contratos de acuerdo con la normativa comunitaria de contratos públicos, planteara al TJUE la siguiente cuestión:

“¿Debe interpretarse que el requisito del artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), primera alternativa, de la Directiva 2004/18 abarca, dentro de la "financiación por el Estado", la efectuada de manera indirecta a ciertos organismos con el pago de cánones por las personas que poseen receptores de radiodifusión, teniendo en cuenta el imperativo constitucional de que el Estado garantice la independencia de los medios económicos y la existencia de esas entidades?”

El Tribunal de Justicia responde en los siguientes términos:

“41. Cabe señalar a este respecto, en primer término, que *el canon que garantiza la financiación mayoritaria de la actividad de los organismos de que se trata tiene su origen en el Convenio Estatal sobre la radiodifusión, es decir, en un acto del Estado. Está previsto y se impone por ley y no resulta de una transacción contractual celebrada entre estos organismos y los consumidores.* El hecho generador de la obligación de pago del canon es la simple posesión de un aparato receptor y no es la contrapartida del disfrute efectivo de los servicios prestados por los organismos en cuestión.

42. Seguidamente, procede señalar que *la fijación del importe del canon tampoco es fruto de una relación contractual entre los organismos de radiodifusión de que se trata en el asunto principal y los consumidores.* Conforme al Convenio Estatal de financiación de los organismos de radiodifusión, este importe se establece mediante una decisión formal de los Parlamentos y los Gobiernos de los Länder, adoptada sobre la base de un informe elaborado por la KEF en función de las necesidades financieras declaradas por los propios organismos. Los Parlamentos y los Gobiernos de los Länder pueden no seguir las recomendaciones de la KEF, siempre que respeten el principio de libertad de la radiodifusión, por razones, no obstante, limitadas, en concreto, cuando el importe del canon constituya para los consumidores una carga financiera desmesurada habida cuenta de la situación económica y social general, que pueda suponer un perjuicio para su acceso a la información (véase la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 11 de noviembre de 2007, BvR 2270/05, BvR 809/06 y BvR 830/06).

44. *En lo que atañe a las modalidades de percepción del canon, del Convenio Estatal sobre el canon se desprende que el cobro de éste es efectuado por la GEZ, que actúa por cuenta de los organismos públicos de radiodifusión, mediante resolución de liquidación, es decir, mediante un acto en ejercicio de funciones públicas.* Asimismo, en caso de demora en el pago, las notificaciones de deuda son objeto de un procedimiento de ejecución en vía administrativa y el organismo público de radiodifusión afectado, en su condición de acreedor, puede dirigir directamente la solicitud de asistencia para la ejecución forzosa a la instancia competente. Por tanto, los organismos en cuestión gozan a este respecto de prerrogativas de poder público.

45. Los recursos así atribuidos a dichos organismos se conceden sin contraprestación específica, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, en este sentido, la sentencia *University of Cambridge*, antes citada, apartados 23 a 25). En efecto, *no hay ninguna contrapartida contractual ligada a estos pagos, en la medida en que ni la sujeción al canon ni el importe de éste constituyen el resultado de un acuerdo entre los organismos públicos de radiodifusión y los consumidores*, pues estos últimos están obligados a pagar el canon por el mero hecho de poseer un aparato receptor, independientemente de la utilización del servicio propuesto por estos organismos. Por tanto, los consumidores deben pagar el canon, incluso aunque nunca recurran a los servicios de dichos organismos.

46. Debe subrayarse que es inoperante la alegación de las partes demandantes en el asunto principal según la cual el hecho de que el canon se prevea en un texto reglamentario no es determinante, pues de lo contrario todos los médicos, abogados y arquitectos establecidos en Alemania estarían «financiados por el Estado», ya que las tarifas de sus honorarios están fijadas por el Estado. En efecto, aunque estas tarifas están reguladas por el Estado, el consumidor entra siempre voluntariamente en una relación contractual con los miembros de esas profesiones y recibe siempre un servicio efectivo. Además, la financiación de las actividades de los miembros de las referidas

profesiones liberales no está asegurada ni garantizada por el Estado.

47. Por último, procede señalar que, a la luz del enfoque funcional antes mencionado, como acertadamente indica la Comisión de las Comunidades Europeas, *no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos de radiodifusión los ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos.*

48. Por consiguiente, es preciso concluir que una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas del poder público, cumple el requisito de “financiación por el Estado”, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos”.

Es innegable la coincidencia entre la argumentación desplegada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Bayerischer Rundfunk* y el planteamiento defendido por aquel sector de la doctrina española según el cual la financiación por los propietarios de los costes de urbanización es una modalidad de financiación pública⁴⁴⁹.

b) Asunto Hans & Christophorus Oymanns GbR⁴⁵⁰

El presente asunto gira en torno a la consideración de las cajas públicas de seguro de enfermedad como poderes adjudicadores en base al cumplimiento del requisito de financiación pública mayoritaria.

⁴⁴⁹ Coincidencia especialmente intensa con el fragmento anteriormente transcrito de la autoría de Agustín DE ASÍS ROIG, *Caracterización de la función de urbanización...* op. cit., p. 223.

⁴⁵⁰ STJUE de 11 junio 2009, *Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, C-300/2007.

El sistema público de salud alemán, así como la organización y financiación de las cajas públicas del seguro de enfermedad, están regulados por el *Sozialgesetzbuch* (Código de la Seguridad Social),

Del artículo 4, apartado 1, del SGB V resulta que las cajas públicas del seguro de enfermedad son entidades dotadas de capacidad jurídica y con autonomía de gestión.

La gran mayoría de la población alemana está asegurada obligatoriamente, con arreglo a la Ley, en una caja pública del seguro de enfermedad. Las personas sujetas al régimen del seguro obligatorio pueden elegir la caja con la que quieren asegurarse, sin embargo no pueden optar entre una caja pública y una caja privada.

Su financiación procede mayoritariamente de las cotizaciones obligatorias de los asegurados. El porcentaje de cotización no lo establece el Estado, sino las cajas públicas del seguro de enfermedad. Éstas, como prevé la normativa pertinente, deben calcular las cotizaciones de forma que cubran, conjuntamente con los demás recursos, los gastos establecidos por Ley y garanticen la disponibilidad de los medios operativos y las reservas legales. La fijación del porcentaje de la cotización está sujeta a la aprobación de la autoridad pública de supervisión de cada caja. El importe de las cotizaciones se impone en cierta medida jurídicamente, ya que debe fijarse de tal manera que los ingresos obtenidos no sean ni inferiores ni superiores a los gastos.

Determinadas medidas adoptadas por las cajas públicas del seguro de enfermedad necesitan ser autorizadas por las autoridades de supervisión, tales como la modificación de sus estatutos y la determinación de los porcentajes de cotización. Asimismo, estas entidades están sometidas a un cierto control estatal en lo tocante a su gestión.

Tal y como advierte el Tribunal en el apartado 29 de la sentencia comentada, la doctrina y la jurisprudencia están divididas en Alemania sobre la cuestión de si las cajas públicas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y, por tanto, poderes adjudicadores en el sentido de las Directivas comunitarias de contratación pública.

Con ocasión de la licitación de una de estas cajas públicas de

salud de un contrato de suministro, Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, un establecimiento de calzado ortopédico, invocó infracciones de las disposiciones comunitarias y nacionales en materia de adjudicación de contratos públicos. La caja pública del seguro de enfermedad rechazó dichas imputaciones alegando que las disposiciones en materia de contratación pública no eran aplicables al caso de autos. Al no prosperar en primera instancia el recurso interpuesto contra esta decisión por el establecimiento de calzado, éste acudió a la Sala de apelación en materia de adjudicación de contratos públicos del *Oberlandesgericht Düsseldorf*.

Este órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, entre otras, la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Debe interpretarse que existe "financiación por el Estado" en el sentido del artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), primera alternativa, de la Directiva 2004/18 cuando el Estado impone la afiliación a un seguro de enfermedad y la obligación de pago de cotizaciones –cuya cuantía depende de los ingresos– a la correspondiente caja del seguro de enfermedad, siendo ésta quien determina el porcentaje de la cotización, si bien las cajas del seguro de enfermedad están vinculadas entre sí mediante un sistema de financiación solidaria, descrito con más detalle en los Fundamentos, y está garantizado el cumplimiento de los compromisos adquiridos por cada una de ellas?”.

El Tribunal de Justicia responde en los siguientes términos:

“52 En primer lugar, es preciso indicar que la financiación de las cajas públicas del seguro de enfermedad de que se trata en el litigio principal está garantizada, de conformidad con la normativa nacional pertinente, por las cotizaciones de los afiliados, incluidas las cotizaciones abonadas a favor de estos últimos por los empleadores, por los pagos directos de las autoridades federales y por los pagos compensatorios entre estas cajas, resultantes del régimen de compensación de riesgos entre ellas. Las cotizaciones obligatorias de los asegurados constituyen la financiación ampliamente mayoritaria de las citadas cajas.

53 En segundo lugar, de la resolución de remisión

resulta también que las cotizaciones de los afiliados se abonan sin contraprestación específica, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, a este respecto, la sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartados 23 a 25). En efecto, *no existe ninguna contrapartida contractual concreta vinculada a estos pagos, en la medida en que ni la obligación de cotización ni el importe de ésta constituyen el resultado de un acuerdo entre las cajas públicas del seguro de enfermedad y sus afiliados, pues estos últimos están obligados en virtud de la Ley a pagar la cotización por el mero hecho de su afiliación, que también se impone por Ley* (véase, en este sentido, la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, antes citada, apartado 45). Además, la cuantía de las cotizaciones se calcula exclusivamente en función de la capacidad contributiva del asegurado y no se tienen en cuenta otros aspectos, como su edad, su estado de salud o el número de personas coaseguradas.

54 En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que, a diferencia del canon en cuestión en el asunto en el que recayó la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, antes citada, el porcentaje de cotización no se fija en el presente caso por los poderes públicos, sino por las propias cajas públicas del seguro de enfermedad. No obstante, observa acertadamente que el margen de apreciación de estas cajas es extremadamente reducido a este respecto, en la medida en que su misión es garantizar las prestaciones previstas por la normativa en materia de seguridad social. Por ello, dado que las prestaciones y los gastos vinculados a éstas se establecen legalmente y que las citadas cajas desempeñan sus funciones sin ánimo de lucro, el porcentaje de las cotizaciones debe fijarse de tal manera que los ingresos obtenidos no sean ni inferiores ni superiores a los gastos.

55 En cuarto lugar, procede señalar que *la fijación del porcentaje de las cotizaciones por las cajas públicas del seguro de enfermedad requiere, en cualquier caso, la autorización de la autoridad pública de supervisión* de cada una de ellas. Por ello, el citado porcentaje, según la formulación del órgano jurisdiccional remitente, se impone en cierta medida jurídicamente. Por último, en lo que atañe a las otras fuentes de ingresos de estas cajas, los pagos directos

de las autoridades federales, aunque en sí de menor importancia, constituyen indiscutiblemente una financiación directa por el Estado.

56 En último lugar, en cuanto a las modalidades de percepción de las cotizaciones, de la resolución de remisión resulta que, en la práctica, la cuota de la cotización a cargo del asegurado es deducida de su salario por su empleador y se paga a la caja pública del seguro de enfermedad competente con la cuota a cargo de éste. Por tanto, la percepción de las cotizaciones se hace sin ninguna posibilidad de intervención del asegurado. El órgano jurisdiccional remitente señala a este respecto que *la recaudación de las cotizaciones se realiza de manera obligatoria, sobre la base de disposiciones de Derecho público.*

57 Por tanto, procede considerar, como en las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Justicia en el apartado 48 de la sentencia *Bayerischer Rundfunk y otros*, antes citada, que *una financiación, como la analizada en el asunto principal, de un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos*”.

La argumentación del Tribunal es absolutamente coherente con la desplegada en el asunto *Bayerischer Rundfunk y otros* antes comentada y, al igual que en aquel caso, considera como determinantes de la presencia de una financiación pública extrapresupuestaria la concurrencia de los siguientes elementos:

- La entidad financiada es una entidad autónoma creada para la prestación de un servicio de interés general.

- La financiación del servicio se impone mediante un acto de poder público a los particulares, sin mediar su consentimiento.

- La determinación del importe a financiar y de los criterios de distribución entre los obligados al pago requiere de la aprobación del poder público.

- La recaudación de las cantidades adeudadas por los particulares se realiza de forma ejecutiva con el respaldo coercitivo del Estado.

En ambos supuestos el Tribunal concluye que nos encontramos ante un supuesto de financiación pública y advierte que “*no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público*”. Esto es así dado que la eficacia de la normativa comunitaria contractual debe garantizarse tanto en el supuesto de que la legislación nacional prevea que el Estado percibe en primer lugar la financiación y luego pone a disposición de los organismos prestadores del servicio los ingresos correspondientes como en aquel otro supuesto en el que el Estado concede a dichos organismos el derecho de percibir los ingresos por sí mismos.

4. Conclusiones: la financiación pública extrapresupuestaria de las obras de urbanización⁴⁵¹

La aplicación al régimen de financiación de las obras de urbanización de la doctrina *Bayerischer Rundfunk y Hans & Christophorus Oymanns GbR* no ofrece duda alguna.

En efecto, la legislación urbanística impone al propietario del suelo el deber de costear la ejecución de las obras de urbanización correspondientes así como los restantes gastos imputables a la transformación urbanística del suelo.

Este deber legar se torna en obligación en virtud de una serie de actos de poder público, mediante los que se concretan las obras

⁴⁵¹ A la luz de la STJUE de 3 de octubre de 2000, *The University of Cambridge*, C-380/98, cabría poner en duda que dicha financiación fuese pública, en tanto se enmarca en una relación onerosa libremente negociada y en contrapartida a una prestación patrimonial (ejecución de la obra de urbanización). Ahora bien, la doctrina *The University of Cambridge* se limita rechazar tal financiación como pública a los efectos de presumir una influencia pública dominante, pero presupone la existencia de una relación onerosa y de una financiación procedente de un organismo de derecho público, que es precisamente lo que aquí se pretende demostrar.

a ejecutar (proyecto de urbanización) y los porcentajes de repercusión de estos gastos a los propietarios en función del contenido de su derecho de propiedad (instrumento de equidistribución).

Por otra parte, el concurso individual de los propietarios en la concreción de este deber legal es irrelevante, tanto en el caso del agente urbanizador como en el sistema de compensación, sin que la aprobación del proyecto de urbanización o de equidistribución exija de la anuencia de todos y cada uno de estos propietarios⁴⁵².

Por último, y al igual que en los casos de los organismos de radiodifusión alemanes o de las cajas públicas de salud, el importe de la obligación financiera de los propietarios de suelo se cuantifica

⁴⁵² Sorprende, en este sentido, el alegato desplegado por el Reino de España, que resume el TJUE en la sentencia de 26 de mayo de 2011, C-306/2008, en los siguientes términos:

“79. Señala, en primer lugar, que la obligación del propietario de financiar los costes de la urbanización y, por lo tanto, de retribuir al urbanizador, no se origina en una decisión unilateral de la Administración, sino que se deriva de su decisión, voluntaria, de participar en la reparcelación y de acceder así al disfrute de los nuevos terrenos edificables.

80. En segundo lugar, indica que la LRAU y la LUV no establecen garantía de pago alguna a cargo de fondos públicos de la que se pudiera colegir la existencia de un contrato oneroso entre la Administración y el urbanizador, que es responsable frente a ésta incluso en el supuesto de que el empresario constructor o los propietarios incumplan sus obligaciones respectivas”.

Esta argumentación puede tacharse de hipócrita, dado que las consecuencias de la oposición del propietario o del impago de los costes de urbanización no son otras que la pérdida del derecho de propiedad y su sustitución por el valor económico fijado en el programa (arts. 162 y 163 LUV). Es decir; existe un respaldo coactivo de la financiación, en tanto tal sustitución unilateral del contenido del derecho de propiedad sería impensable sin el acto de *imperium* implícito en la aprobación del programa.

Y es esta situación de debilidad en la que se encuentra el propietario frente a los intereses económicos del urbanizador-delegado de la Administración, la que ha dado lugar a la contestación social motora de la Resolución del Parlamento Europeo sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) y sus repercusiones para los ciudadanos europeos (Peticiónes 609/2003, 732/2003, 985/2002, 1112/2002, 107/2004 y otras) (2004/2208 [INI]).

en función del coste efectivo de prestación del servicio, y su exacción se encuentra garantizada por el Estado mediante la aplicación de un procedimiento de recaudación ejecutivo.

En definitiva, debe concluirse que la financiación de las obras de urbanización por los propietarios del suelo es una modalidad de financiación pública extrapresupuestaria.

La circulación extrapresupuestaria de esta financiación atribuible a la Administración urbanística no puede condicionar la aplicación del Derecho comunitario de contratación pública.

Una primera consecuencia del carácter público de esta financiación es la imputación de la contraprestación a la ejecución de la obra, que no corresponde al propietario del suelo sino al titular de la financiación: la Administración urbanística. Y si esta financiación es atribuible a la Administración urbanística, la apropiación de la misma por el promotor en virtud del título habilitante debe entenderse como un cobro a cuenta⁴⁵³ del importe previamente pactado⁴⁵⁴.

De aquí se concluye que la relación entre urbanizador y Administración es fuente de obligaciones patrimoniales recíprocas, debiendo calificarse dicha relación como una relación contractual de causa onerosa.

Una segunda consecuencia es la contextualización del papel del propietario del suelo, que no interviene en el proceso como sujeto de una relación sinalagmática, sino como sujeto de una obligación legal impuesta por un acto unilateral de poder público.

Por ello, el flujo financiero que tiene lugar entre propietario y urbanizador debe entenderse desde el papel que desempeñan ambos actores en la gestión urbanística: el primero como sujeto pasivo de una exacción parafiscal y el segundo como “delegado” de la Administración y contratista.

⁴⁵³ Conclusión adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, apartado 84.

⁴⁵⁴ A ello no se opone la posibilidad de que urbanizador y propietario sean la misma persona, dado que en nada afecta al carácter público de la financiación o a la posibilidad de aplicar la figura de compensación de deudas.

Desde esta perspectiva, el urbanizador, como gestor de negocios ajenos se encargaría de la recaudación voluntaria de las cantidades adeudadas por los propietarios del suelo a la Administración y como contratista las percibiría como pago a cuenta de la ejecución material de la urbanización.

Así entendida la relación entre Administración y urbanizador, debe concluirse que concurre el requisito previsto en el artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18/Ce, relativo a la existencia de un contrato oneroso⁴⁵⁵.

Ésta parece ser la postura finalmente adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia recaída en el procedimiento por incumplimiento dirigido contra la regulación del agente urbanizador valenciano⁴⁵⁶, en la que si bien omite toda argumentación expresa acerca de la onerosidad de la relación, parece *“dar por asumido el carácter contractual oneroso, al calificar explícitamente como contrato la relación entre el Municipio y el Urbanizador (aps. 96 y 98)”*⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Conclusiones que son igualmente aplicables a la figura del Agente urbanizador como a las Juntas de Compensación, dado que en ambas concurren análogas condiciones de financiación.

⁴⁵⁶ La sentencia de 26 de mayo de 2011, recaída en el asunto Comisión contra España, C-306/2008, concluye:

95. Sobre este particular, y por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a cargo del urbanizador, es preciso señalar que, pese a los elementos de análisis proporcionados por el Reino de España, la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos.

98. De todo ello resulta que la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/3 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado.

99. De las consideraciones anteriores se desprende que procede desestimar el recurso de la Comisión”.

⁴⁵⁷ Vid. José Antonio TARDÍO PATO, “La STJUE de 26-5-2011...”, *op. cit.*, p. 192.

V. CONCLUSIONES

Tal y como se ha defendido a lo largo del presente trabajo, la iniciativa privada para la actividad urbanística puede concebirse como un servicio de interés económico general no armonizado, y ello, en principio, permitiría la apelación a la excepción prevista en el artículo 106 del TFUE.

Así concebida, la iniciativa privada para la actividad urbanística debería diferenciarse de los servicios ordinarios en los que se desagrega, de forma tal que, de validarse la posibilidad de exceptuar este servicio de las normas del Tratado con arreglo al juicio de necesidad previsto en el artículo 106 TFUE, sería improcedente someter a las Directivas de contratación pública el mandato para la prestación de los servicios ordinarios implícito en el título habilitante para la prestación del SIEG.

Y sólo una vez verificada la improcedencia de aplicar la excepción prevista en el artículo 106 TFUE, debe iniciarse la tarea de subsunción de la habilitación para la ejecución de la urbanización en los tipos contractuales contenidos en la Directiva 2004/18/CE.

Una vez constatada la concurrencia de los requisitos contractuales relativos a la existencia de una obra y a la existencia de un contrato oneroso, la identificación del poder adjudicador en la Administración urbanística y del operador económico en el urbanizador no presenta mayores dificultades.

De lo que se concluye la necesaria sujeción del acto de habilitación para la ejecución de la urbanización a la Directiva 2004/18/CE.

Esta estructura subjetiva se mantiene inalterada a pesar de la delegación de ciertas funciones públicas a favor del urbanizador, quien no muta su estatuto contractual por el simple hecho de ser titular de un derecho exclusivo a urbanizar.

En relación a este último, en tanto la actividad de promoción urbanística puede considerarse como un servicio de interés económico general, deberá someterse a las normas del Tratado relativas a la libertad de circulación, debiendo evitar en su actividad contractual toda discriminación por razón de la nacionalidad o contraria al mercado.

Únicamente en los supuestos ya comentados en los que el urbanizador privado actúa como sustituto legal de la Administración o desarrolla alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17/CE, será necesario someter su actividad contractual al Derecho comunitario derivado. En los restantes casos, la aplicación de la Directiva 2004/18/CE debe quedar relegada a la selección del urbanizador.

Por lo demás, su actividad contractual es una actividad puramente privada fruto del ejercicio de su libertad constitucional de empresa, sin que revista mayor peculiaridad digna de mención⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ En relación a la naturaleza privada de la actividad contractual del agente urbanizador, *vid.* Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 94.

CAPÍTULO III

EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

I. INTRODUCCIÓN AL DEBATE SOBRE EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

1. Planteamiento de la cuestión

La cuestión relativa a la sujeción de las juntas de compensación a la legislación contractual administrativa precede en el tiempo a la relativa a la sujeción de la selección del agente urbanizador al Derecho comunitario y se reviste de ciertas notas ajenas a este debate.

El problema se plantea inicialmente en torno a la naturaleza administrativa de las juntas de compensación, tal y como se proclama en el artículo 127.3 del Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1976⁴⁵⁹.

Dilucidar la naturaleza jurídica de la junta de compensación ha sido considerado de gran importancia, dado que en nuestro derecho administrativo la perspectiva subjetiva ha venido trazando los límites entre lo público y lo privado⁴⁶⁰; de ahí que la respuesta de hasta dónde llega la Administración corporativa y hasta dónde la asociación privada condicione decisivamente el régimen contractual de aplicación⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ El artículo 127.3 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, establece:

“La junta de compensación tendrá naturaleza administrativa, personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”.

⁴⁶⁰ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “El ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratación del sector público”, *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto 2006, pp. 11-91; 14.

⁴⁶¹ Afirmando la naturaleza administrativa de las Juntas de compensación, Ramón PARADA VÁZQUEZ rechaza, sin embargo, la

Por ello, la doble naturaleza -asociativa de base privada y administrativa- de las juntas de compensación así como la ausencia de una normativa clarificadora del régimen contractual de estas entidades urbanísticas, han centrado el debate en torno a la calificación de la actividad contractual de las juntas de compensación como un supuesto de autoadministración o, por el contrario, de gestión pública.

En este estado de cosas, PAREJO ALFONSO llega a plantear la posible inconstitucionalidad de la figura de la junta de compensación, en tanto la incorporación forzosa a las mismas podría atentar contra el derecho fundamental de asociación en su vertiente negativa⁴⁶².

naturaleza corporativa de las mismas, en vista de su existencia efímera y de su posición subordinada respecto de la Administración municipal, quien ostenta amplios poderes de control y vigilancia. Cfr. *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 157. En el mismo sentido, María Fuensanta GÓMEZ MANRESA, *El particular en la gestión urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 122.

⁴⁶² PAREJO ALFONSO argumenta la inconstitucionalidad de la figura de la junta de compensación en los términos siguientes:

“La Constitución permite desde luego justificar en el interés general la adscripción forzosa de privados en organizaciones de creación legal incluso en ámbitos de actividades de contenido económico. Pero a este propósito surge ya la pregunta de si en el caso de la urbanización se cumplen los requisitos para tal justificación. A la luz de la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Constitucional es más que dudoso que así sea, porque:

- El establecimiento de este tipo de organizaciones sólo puede legitimarse, además de en el artículo 36 CE, en el artículo 52 CE, único que podría llegar a ser pertinente en este caso.

Con entera independencia de si podrían llegar a cumplirse los criterios específicos decantados por el Tribunal Constitucional, la sola redacción del artículo 52 CE excluye la posibilidad del recurso a la fórmula, toda vez que ésta únicamente puede tener: 1) por objeto sectores sociales delimitados por relación al ejercicio «profesional», es decir, continuado y habitual de una determinada actividad (como actividad lucrativa que otorga o contribuye a otorgar soporte a la existencia misma de la persona correspondiente), lo que no sucede en el caso comentado de los propietarios agrupados para la urbanización; y 2) por finalidad la organización de dichos sectores para la asunción en común no de las actividades profesionales mismas (en función de las cuales se ha acotado el sector), sino exclusivamente de la defensa en común de los intereses económicos que sean propios de tal sector, siendo así que en el caso que

nos ocupa la agrupación, de un lado, parece tener por finalidad el desarrollo en común de la actividad económica misma (la urbanización); pero, de otro y en todo caso, tiene por objeto no el sector de los ejercientes profesionalmente (las empresas urbanizadoras), sino el de los propietarios de los bienes inmuebles afectados por la urbanización y constitutivos de los medios de producción de los bienes resultantes de ésta. Circunstancia ésta, que guarda relación estrecha con el dato crucial de la incidencia de la organización de creación legal no en el derecho de propiedad (art. 33 CE), sino sólo en el derecho de asociación (art. 22 CE), incluso cuando el sector social afectado sea el de los propietarios, cual sucedía con los titulares de bienes inmuebles urbanos hasta el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto.

El argumento se aduce más para ilustrar la dificultad constructiva cara a una hipotética nueva legislación, que en favor de una supuesta inconstitucionalidad de la solución legal vigentes. Pues lo que dicho argumento pone de relieve es que esta última, en realidad, valora como determinante en la constelación de los privados y, por tanto, atiende exclusivamente —como demuestra el sector que delimita y tiene por objeto— al interés del propietario (relegando el privado en la urbanización) y tiene por finalidad, así: 1) la articulación del interés general-público y del único privado considerado, mediante la conversión del sector en agente colectivo-delegado de la «ejecución del planeamiento» y, en su seno, de la urbanización; y 2) la composición interna del interés privado (la coordinación de los intereses —en conflicto— de los distintos propietarios, es decir, la defensa-gestión en común de los mismos), mediante la técnica de la autoadministración y gracias a la ficción de que dichos propietarios lo son desde el principio también de los bienes inmuebles resultantes de la urbanización por realizar. De esta suerte, el interés privado en la actividad material de urbanización queda completamente interiorizado por el de los propietarios (que se extiende desde la situación inicial previa a la urbanización hasta la final resultado de ésta), sin por ello desaparecer como tal, aunque situado en la completa disposición de aquéllos (como demuestra el hecho de que el artículo 158.2 LS92 contemple la posibilidad de la incorporación a la junta de compensación de «las empresas (sic) urbanizadoras que hayan de participar con los propietarios en la gestión de la unidad de ejecución»).

En cualquier caso, una opción legal nueva equivalente a la actual junta de compensación habría de superar sin duda problemas de porte constitucional en sede de cumplimiento de los criterios de necesidad y proporcionalidad desde el punto de vista del interés general a satisfacer. Pues siendo evidente que el propietario de un bien inmueble actual puede pretender asumir desde luego la actividad de urbanización, no parece que pueda ser obligado a ello (en régimen de asociación empresarial obligatoria, concretamente de unión temporal forzosa de empresarios), existiendo, como existen, otras alternativas idóneas posibles, como

A lo que han de añadirse las dudas expresadas por algunos autores acerca del acomodo a la garantía institucional del derecho de libertad de empresa de los modelos urbanísticos que residencian la facultad de urbanizar en el derecho de propiedad, y a las que ya hicimos referencia en la introducción al presente trabajo.

Todavía vivo este debate en torno a la naturaleza y legitimidad de la figura de la junta de compensación y al calor del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Ordine degli Architetti y otros*, surgen nuevos interrogantes.

Estos interrogantes van más allá de la posible consideración de la junta de compensación como poder adjudicador y cuestionan aspectos hasta entonces libres de polémica como la posible naturaleza contractual de su relación con la Administración urbanística o la compatibilidad con el Derecho comunitario de la adjudicación directa de las obras de urbanización a la empresa constructora incorporada a la junta⁴⁶³.

Como resultado de este actual y amplio cuestionamiento existe un notable grado de divergencia jurisprudencial y doctrinal del que a continuación daremos breve testimonio.

2. La junta de compensación como administradora del derecho de propiedad

El debate relativo a la naturaleza pública o privada de la actividad contractual de las juntas de compensación toma como punto de discrepancia el considerar dicha actividad contractual

prueban, sin ir más lejos, los sistemas actuales de cooperación y ejecución forzosa o establecido por convenio urbanístico”, en *Reivindicación del urbanismo... op. cit.*, pp. 65 y 66.

De otra opinión es GARCÍA DE ENTERRÍA, quien defiende la constitucionalidad del sistema de compensación en tanto supone una intromisión en el derecho de propiedad muy inferior al derivado de la aplicación de un sistema de actuación directo, como el de expropiación. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimoquinta edición, Civitas, Navarra, 2011, p. 417.

⁴⁶³Cfr. Ángel MENÉNDEZ REXACH, “Contratación y urbanismo...”, *op. cit.*, p. 18; Julio C. TEJEDOR BIELSA, “Contratación de la obra pública...”, *op. cit.*, pp. 597-611.

como un supuesto de administración de los específicos intereses patrimoniales de los propietarios y empresas incorporadas a la Junta, y no de los intereses públicos a ella atribuidos.

Curiosamente, la doble naturaleza, pública y privada de las juntas de compensación, ha desplazado los términos del debate del elemento subjetivo-formal de la personalidad del adjudicador a la naturaleza jurídica de la acción urbanizadora⁴⁶⁴.

En efecto, la primera dificultad que se constata es la imposibilidad de determinar *a priori* si las juntas de compensación, al contratar la ejecución de las obras de urbanización, apelan a su personalidad jurídica pública o, por el contrario, a su dimensión privada, a la vista de que ni el artículo 127.3 del TRLS de 1976 ni su desarrollo reglamentario en el RGU de 1978 aclaran este extremo.

Los defensores de una y otra postura han tenido que fundamentar sus conclusiones en la naturaleza pública o privada de la actividad urbanizadora, dado que, de revestirse ésta de notas propias de la función pública, la actividad contractual necesaria para su ejercicio recaería de lleno en la dimensión administrativa de la entidad urbanística; mientras que, si la actividad urbanizadora pudiere ser considerada como una actividad o facultad civil o mercantil, debería considerarse como una manifestación de su personalidad jurídico-privada.

El entendimiento de la naturaleza de la actividad urbanizadora como una modalidad de actuación pública o como el

⁴⁶⁴ Planteamiento expresado por GARCÍA DE ENTERRÍA en los siguientes términos: “¿Son entonces o no las Corporaciones que estamos estudiando verdaderas Administraciones Públicas? La cuestión así formulada es demasiado elemental y no admite una respuesta absoluta. Lo son *secundum quid*, no lo son por esencia y en su totalidad. Lo son en la medida en que son titulares de funciones públicas atribuidas por la Ley o delegadas por actos concretos de la Administración, pero ya sabemos que estas funciones no agotan su naturaleza, más bien orientada sustancialmente hacia la atención de intereses propiamente privados”. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimoquinta edición, Civitas, Navarra, 2011, p. 414.

contenido propio de un derecho privado está fuertemente condicionado por nuestra tradición jurídico-urbanística⁴⁶⁵.

La postura defendida en un primer momento por el Tribunal Supremo coincide con la concepción tradicional de las juntas de compensación como un ejemplo de autoadministración de los propietarios del suelo, basada en la percepción de la urbanización como una facultad del derecho de propiedad. Desde esta perspectiva, la finalidad fundamental de la junta de compensación es la ejecución del planeamiento, mientras que la actividad contractual se concibe como una actividad meramente instrumental y relacionada con la gestión de la propiedad inmobiliaria necesaria para la consecución del fin de interés general: la creación de suelo.

Un ejemplo de esta postura inicial lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 30 de octubre de 1989⁴⁶⁶, que en su fundamento jurídico tercero afirma:

“Ya en otro sentido ha de recordarse que la junta de compensación integra un supuesto de autoadministración: son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación que hace de la junta un agente descentralizado de la Administración de suerte que aquella tiene naturaleza administrativa -art. 127.3 del Texto Refundido.

Ello no significa que toda actuación de la junta de compensación esté sometida al Derecho Administrativo; en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus medios, sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al Derecho Privado. De ello deriva pues que al contratar -ejecución de obras, préstamos, ventas de terrenos etc no ha de someterse a las formalidades propias del Derecho Administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas”.

⁴⁶⁵ Cfr. Ángel MENÉNDEZ REXACH, “Contratación y urbanismo...”, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶⁶ STS de 30 de octubre de 1989, roj. 14413/1989, ponente: Francisco Javier Delgado Barrio.

Desde esta premisa se construye el siguiente aforismo: si la junta de compensación actúa como asociación privada, no está sujeta al derecho administrativo y, por lo tanto, no le es de aplicación la norma (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) que sujeta ciertas entidades de derecho público al derecho contractual administrativo.

En el fuero jurisdiccional civil, un ejemplo de este constructo jurisprudencial lo aporta el auto número 196/2004, de 14 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁶⁷, del que se transcribe extracto de su segundo razonamiento jurídico por su claridad expositiva:

“Las Juntas de Compensación son entidades urbanísticas colaboradoras para la ejecución de los planes de ordenación, constituidas por los propietarios afectados por el polígono o unidad de actuación objeto de ejecución. Conforme a lo previsto en la Ley del Suelo, tienen naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. El hecho de que sus acuerdos sean recurribles en alzada ante la Administración actuante, no empece a la posibilidad de ser demandada en vía civil, cuando el acto del que deriva la reclamación tiene estricta naturaleza civil, como ocurre en este caso, donde lo planteado por la demanda es el pago de determinada cantidad basada en un contrato de prestación de servicios, cuyo contrato, de naturaleza civil, no constituye acto de la administración pública sujeto al derecho administrativo, lo que excluye la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 1 de la ley reguladora de dicha jurisdicción.

En suma, la Junta de Compensación goza de capacidad de derecho privado para el cumplimiento de fines conexos con aquellos de carácter público en orden a la ejecución de las obras de urbanización incluidas en el plan, quedando sujetas a la jurisdicción civil las controversias que en este específico orden jurisdiccional se produzcan, pues de esta jurisdicción sólo quedan excluidas las pretensiones que se

⁴⁶⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13^o, 196/2004, de 14 de octubre. Rec. 342/2004.

deduzcan en relación con los actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo, que no es el caso que nos ocupa.

La interpretación que hace este tribunal del tema litigioso, en coincidencia con el tema del recurso, no es novedosa o ajena a la doctrina jurisprudencial que emana de la aplicación de las normas legales, sino precisamente acorde con ella. Así, la STS de 31 de octubre de 1992 en un supuesto de reclamación civil por cantidades adeudadas a la Junta de Compensación por los miembros de la misma declaró que el procedimiento de apremio administrativo de que goza como privilegio no le impide acudir a los órganos jurisdiccionales del orden civil para exigir la efectividad de tales deudas; doctrina que reitera la STS de 24 de junio de 1996 y que permite la plena aplicación a este supuesto habida cuenta que la cantidad reclamada a la Junta procede de relaciones civiles en relación con la urbanización. Y como más reciente podemos citar la STS de 19 de diciembre de 2003 en el mismo sentido”.

El acento de la actividad de la junta como un supuesto de autoadministración de los propietarios del suelo conlleva, implícitamente, una llamada al contenido civilista del derecho de propiedad, que comprende el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes (artículo 348 CC). La facultad de disposición y de transformación corresponde, consecuentemente, al propietario del suelo⁴⁶⁸.

Con la finalidad de garantizar el ejercicio y coordinación de las facultades de transformación y disposición correspondientes a la totalidad de los propietarios, la legislación urbanística alumbró un fideicomiso legal en favor del gestor del sistema (junta de compensación), lo que explica, a juicio de PARDO ÁLVAREZ, que la actividad contractual de la junta se mantenga en la esfera del ejercicio fiduciario de las facultades dominicales⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸Cfr. Marcos VÁQUER CABALLERÍA, "La fuente convencional, pero no contractual...", *op. cit.*, p. 246.

⁴⁶⁹ Cfr. María PARDO ÁLVAREZ, "El derecho a urbanizar...", *op. cit.*, p. 18.

3. Ejecución de obra pública y atribución formal de personalidad administrativa. De nuevo el poder atractivo de la obra pública

Tal y como informa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁴⁷⁰, el punto de inflexión en la doctrina del Tribunal Supremo lo marca la sentencia de 24 de mayo 1994⁴⁷¹. Desde este momento, el Tribunal ha venido fallando, primero mayoritariamente y después de forma infalible, a favor de la sujeción de la actividad contractual de las juntas de compensación a la legislación contractual administrativa.

De acuerdo con esta sentencia:

“La ejecución de los Planes de Ordenación corresponde, según el sistema de actuación elegido, al Estado, a las Entidades Locales y a las Entidades Urbanísticas especiales en sus respectivas esferas de actuación –art. 114 TR de la LS –. En este último caso, la ejecución se realiza a través de las Juntas de Compensación, que no son sino Entidades Urbanísticas colaboradoras constituidas con dicha finalidad por los propietarios afectados por el polígono o unidad de actuación objeto de ejecución. Si, pues, la finalidad de la Junta de Compensación es la ejecución de la urbanización, nada puede sorprender que se le atribuya –arts. 127.3º LS y 26 RGU – personalidad jurídica propia, plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y sobre todo –en lo que ahora importa– naturaleza administrativa. Ciertamente, ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho Administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones Públicas, y que, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a nuestro específico ordenamiento, pero también lo es que cuando dichas Entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa. Se impone, pues, examinar en cada caso la gestión de los intereses en Juego.

(...) se trata de la contratación para la ejecución de unas obras de urbanización y, por tanto, de una obra pública,

⁴⁷⁰ Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001...”, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷¹ STS 11983/1994, de 24 de mayo, sección primera, ponente: Mariano de Oro Pulido López.

cuya titularidad corresponde a la Administración actuante. En este sentido, importa destacar no solo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones –art. 175.3º RGU– sino las cláusulas que, según el art. 176.3º RGU, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado o por la Junta de Compensación, entre las que destacan, en lo que ahora importa, el compromiso de la empresa constructora de realizar las obras de total conformidad con los proyectos de urbanización debidamente aprobados y le obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora de la Administración actuante. En la misma línea, el art. 69 RPU establece que entre la documentación que debe contener los Proyectos de Urbanización se encuentra el Pliego de condiciones técnicas y de condiciones administrativas para la contratación de las obras y servicios (...). *En todo caso, la naturaleza pública de la obra y la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación imponen el conocimiento de la presente cuestión a esta Jurisdicción, como así lo entendió, en un supuesto idéntico al actual, la antigua Sala 4ª de este TS en S. 26 febrero 1985*".

Este cambio de rumbo tuvo rápidamente reflejo en la jurisdicción civil, más sensible a las relaciones entre el régimen del contrato y la naturaleza pública o privada de su causa, dando lugar a un goteo de pronunciamientos de inhibición a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se reproduce, a continuación, extracto del auto 63/2003, de la Audiencia Provincial de Cádiz⁴⁷², en tanto rebate de forma expresa la argumentación contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de de fecha de 30 de octubre de 1989, de la que transcribimos en páginas anteriores un extracto de su fundamento jurídico tercero:

“Como queda dicho, puede mantenerse, con la recurrente, que estamos ante un contrato privado ajeno a la actuación de funciones públicas. Se ha mantenido que las Juntas de Compensación «al contratar ejecuciones de obras, préstamos, ventas de terrenos, etc., no han de someterse a las formalidades propias del derecho administrativo, pues todo

⁴⁷² Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1º, 68/2003, de 28 de octubre.

ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas» (STSJ Baleares Sala de lo Contencioso-Administrativo 20 dic. 1991) Y esto es así aun cuando entre los propietarios de los terrenos que forman parte de la Junta figuren entes públicos (STS 3^a 30 oct. 1989).

Tal razonamiento pugna con un hecho evidente. *Si las Juntas actúan funciones públicas en la ejecución del planteamiento, la función esencial es justamente la realización de las correspondientes obras de urbanización, y es ilógico que esa actividad principal la convirtamos en meramente instrumental”.*

El proceso de consolidación de esta línea jurisprudencial se ha caracterizado por un largo peregrinaje de jurisdicciones que concluyó con los autos de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2003 y de 24 de octubre de 2005⁴⁷³, en los que se declara competente la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver de las cuestiones relativas a los contratos perfeccionados por las juntas de compensación por entender que, al ser éstas Administración pública, aquellos son contratos administrativos⁴⁷⁴.

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial descansa, esencialmente, en la apelación al artículo 127.3 del TRLS 1976 y cuya aplicación se justifica en la calificación de la obra de urbanización como obra pública y en su ejecución como el fin específico de la creación de la junta de compensación. De tal forma que, ante la presencia de una obra pública, la personalidad bipolar de la junta de compensación se manifiesta en su vertiente administrativa, encontrándonos ante una versión nacional del poder atractivo de la obra pública⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Autos de 10 de julio, rec. 19/2003 y de 24 de octubre de 2005, rec. 32/2005.

⁴⁷⁴ Vid. SSTS (Sala de lo Civil), de 28 de febrero de 2007, rec. 271/2000; de 19 de julio de 2007, rec. 1751/2000, y 23 de junio de 2010, rec. 320/2005.

⁴⁷⁵ Cfr. María PARDO ÁLVAREZ, , “El derecho a urbanizar...”, *op. cit.*, p. 19.

Es decir, la calificación por el Tribunal Supremo de los contratos perfeccionados por la junta de compensación como contratos administrativos se fundamenta, en última instancia, en la atribución formal de personalidad jurídica administrativa contenida en el TRLS 1976, y prescinde de cualquier juicio de contraste con el Derecho comunitario.

Y este contraste exige dilucidar la naturaleza de la relación entre la Administración titular de la competencia urbanística y la junta de compensación así como la posible consideración de la junta de compensación como poder adjudicador.

II. LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN

1. La junta de compensación como prestadora de servicios económicos a la Administración

La irrupción del Derecho comunitario en la gestión urbanística obliga a plantearse la compatibilidad con las exigencias de la libertad de prestación de servicios de la mecánica tradicional del sistema de compensación.

Mientras la cuestión quedaba relegada a un mero conflicto de normas nacionales, la solución era sencilla. La previsión por una ley nacional de la posibilidad de atribución directa por el planeamiento a las juntas de compensación de la actividad urbanizadora desplazaba la aplicación de la legislación general de contratación administrativa.

Pero la identidad sustancial entre el cometido encomendado al agente urbanizador y el asignado a la junta de compensación proyecta sobre esta última las dudas concernientes al primero.

La cuestión a plantear consiste en dilucidar si la relación nacida entre la junta de compensación y la Administración municipal se basa en la prestación de servicios económicos o, por el contrario, si se trata de una relación ajena al Derecho comunitario.

Porque de concluir que la función prestacional de la junta de compensación consiste exclusivamente en la prestación de servicios de mercado a la Administración municipal, el mandato

otorgado a la junta para la prestación de dichos servicios debería respetar las normas de libertad de circulación contenidas en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y su normativa derivada. Lo que estaría reñido con el otorgamiento directo, al margen de toda concurrencia, de la habilitación exclusiva y necesaria para la prestación de dichos servicios.

Sin embargo, la tradicional visión de la junta de compensación como una organización administrativa ha llevado a algunos autores a justificar la exclusión de su relación con la Administración de las leyes del mercado desde su entendimiento como una manifestación de autoorganización del poder público o como una delegación, encargo o traslado de funciones públicas o relacionadas con el ejercicio de poder público⁴⁷⁶.

Opinión esta que no compartimos considerando los argumentos que se exponen a continuación.

A. La junta de compensación no es el producto de la potestad de organización del poder público

Las Administraciones titulares de competencias urbanísticas, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, pueden descentralizar el ejercicio de sus competencias en otra entidad pública dependiente (sociedad, agencia, organismo autónomo o gerencia de urbanismo) en la que pueden delegar el ejercicio de ciertas funciones urbanísticas.

La relación de dependencia se articula a través de una delegación intersubjetiva de ámbito doméstico, en la que la Administración delegante mantiene un control sobre la entidad dependiente análogo al que dispone sobre sus propios servicios.

En este supuesto no existe propiamente un contrato público, dado que “la relación de sumisión o dependencia administrativa impide el concurso de voluntades propio de una relación

⁴⁷⁶ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimoquinta edición, Civitas, Navarra, 2011, pp. 415; José María GIMENO FELIÚ, “El ámbito subjetivo y objetivo de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007”, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público*, Gobierno de la Rioja, Logroño, 2008, p. 11-110; 41.

contractual”⁴⁷⁷, sino una encomienda producto de la autonomía organizativa del poder público.

A pesar de la relevancia de las encomiendas *in house* en la definición negativa del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, ésta no contiene una regulación de la figura, por lo que para su identificación hemos de acudir a los criterios que ha ido perfilando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴⁷⁸.

De entre estos criterios -existencia de dos personas formalmente distintas, control de la Administración sobre la entidad dependiente análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que ésta última desarrolle la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan- únicamente la primera y la última concurren en la relación entre Administración y junta de compensación, dado que la junta dispone de personalidad jurídica propia y desarrolla con la Administración urbanística la parte esencial de su actividad⁴⁷⁹.

Sin embargo, no puede afirmarse que la Administración ejerce un control sobre la junta de compensación análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, dado que tal control “implica la existencia de una voluntad decisoria única dirigida a la concreción del interés general”⁴⁸⁰, circunstancia esta que no concurre en la relación entre Administración y junta de compensación, en la que la primera únicamente ostenta una representación minoritaria en

⁴⁷⁷ Juan José PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008, p. 39.

⁴⁷⁸ Por todas, *vid.* SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98; de 8 de mayo de 2003, *TRAGSA*, C-349/97; de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C458/03; de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, C-340/04; de 19 de abril de 2007, *TRAGSA II*, C-295/55 y de 18 de diciembre de 2007, *Asociación profesional de Empresas de Reparto y manipulado de correspondencia*, C-220/06.

⁴⁷⁹ Para un estudio en profundidad de los criterios definidos en la jurisprudencia del TJUE de las relaciones *in house* *vid.* Juan José PERNAS GARCÍA, *cit.*

⁴⁸⁰ Juan José PERNAS GARCÍA, *op. op. cit.* p. 70.

la junta y un simple control de legalidad *a posteriori* sobre alguno de sus actos⁴⁸¹.

Y si el objeto de la relación es un servicio económico, “la ausencia de un control análogo nos remite a una relación propia de un contrato público, que supone la concurrencia de dos voluntades autónomas, esencialmente independientes, que representan intereses legítimos diferentes”⁴⁸².

B. El ámbito de la delegación no alcanza al ejercicio de poder público sino, exclusivamente, a la prestación de servicios económicos de mercado

Si la relación entablada entre la junta de compensación y la Administración no es una manifestación de autoorganización del poder público, la segunda de las posibilidades de su exclusión del mercado pasaría por reconocer que los servicios que presta la junta de compensación son servicios no económicos o que, teniendo relevancia económica, “estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público”⁴⁸³.

Pero los servicios que presta la junta de compensación no difieren sustancialmente de los prestados por el agente urbanizador, del cual, sin embargo, afirmamos en páginas anteriores su naturaleza estrictamente privada.

Al abordar la consideración de la actividad urbanizadora como servicio de interés económico general concluimos que la totalidad de las actuaciones en las que se desglosa la intervención

⁴⁸¹ Por ello, no compartimos la opinión de BAÑO LEÓN, según la cual la Junta de Compensación tiene la consideración de poder adjudicador, precisamente, por apreciar la existencia de este control, dado que “todos sus actos son recurribles ante el Ayuntamiento correspondiente”, ya que el régimen de recursos no se extiende a la oportunidad de las medidas de gestión adoptadas, sino exclusivamente a su legalidad. Cfr. José María BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, *op. cit.*, p. 324.

⁴⁸² Juan José PERNAS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

⁴⁸³ Excepción prevista en el artículo 51 TFUE. En relación a la misma vid. sentencias de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, apartado 45; de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, C-42/92, apartado 8; *Comisión/España*, antes citada, apartado 35; de 31 de mayo de 2001, *Comisión/Italia*, C-283/99, apartado 20 y de 30 de Marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl contra Giuseppe Calafiori*, C-451/2003

de la junta de compensación (formulación del proyecto de equidistribución, redacción del proyecto de urbanización, gestión del cobro de las cuotas de urbanización y gestión contractual de las obras de urbanización) son susceptibles de ser calificadas como servicios económicos ordinarios, sin que ninguna de estas prestaciones cumpla con los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para apreciar la existencia de una relación directa y específica con el ejercicio de poder público⁴⁸⁴, ya que el ejercicio de poder público se identifica, en la gestión urbanística, con la aprobación del proyecto de equidistribución y del proyecto de urbanización, únicos actos revestidos de *imperium*⁴⁸⁵.

Incluso los restantes actos derivados de la gestión urbanística (aprobación de la cuenta de liquidación, ejecución en vía de apremio y expropiación forzosa) únicamente podrán imponerse unilateralmente al particular en virtud de una declaración de voluntad previa de la Administración titular de la competencia⁴⁸⁶.

De hecho, las funciones atribuidas por la legislación a la junta de compensación han sido calificadas por la jurisprudencia del TJUE como servicios propios del objeto de los contratos públicos. Particularmente, en el asunto *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne* ⁴⁸⁷, el Tribunal asegura que las actuaciones *para llevar a cabo un proyecto urbanístico* en su

⁴⁸⁴ Las funciones relacionadas coinciden sustancialmente con las atribuidas por la Ley francesa 85-704 al mandatario del titular de la obra, (definición de las condiciones administrativas y técnicas según las cuales se estudiará y ejecutará la obra, actuaciones de contratación del director y del ejecutor de la obra, aprobación de anteproyectos, pago de la remuneración al contratista, recepción de las obras...). Sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que dichas funciones no implican el ejercicio de poder público, por lo que “no cabe aplicar al presente asunto la excepción prevista en los artículos 45 CE y 55 CE”. STJUE, de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03, apartado 65.

⁴⁸⁵ Cfr. María PARDO ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 1401.

⁴⁸⁶ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, “La cuestión de la constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁸⁷ En la STUE de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, C-220/05. En términos semejantes la STJUE de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03.

conjunto, tales como *la preparación del proyecto, la gestión administrativa y jurídica, la adquisición de terrenos mediante expropiación y la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos*, son calificados por el Tribunal como actuaciones propias de un contrato de servicios.

Asimismo, en la sentencia de 30 Marzo de 2006, el Tribunal considera que la realización de actividades de liquidación de ingresos de derecho público por entidades privadas se encuentra amparada por la libertad de prestación de servicios, sin que le sea de aplicación la excepción prevista en los artículos 51 y 62 TFUE⁴⁸⁸.

Debe rechazarse, por lo tanto, la posibilidad de considerar la delegación otorgada a la junta de compensación como un supuesto de delegación de poder público.

Al tiempo que debe confirmarse que el conjunto de actividades encomendadas se encuentran amparadas por la libertad de prestación de servicios regulada en los artículos 56 y ss. TFUE.

2. La junta de compensación como mandatario discrecionalmente elegido

Esta identidad sustancial entre el cometido encomendado al agente urbanizador y el atribuido a la junta de compensación nos lleva igualmente a la calificación de la junta como el prestador de un servicio de interés económico general (SIEG), si bien, a diferencia de la figura del agente urbanizador, el acto de habilitación le es otorgado al margen de toda concurrencia.

Por otra parte, el carácter asociativo de la junta de compensación respecto de los propietarios del suelo debe conducirnos a una conclusión análoga a la alcanzada respecto de la posibilidad de reservar a los propietarios del suelo la iniciativa de la acción urbanizadora.

Así, GIMENO FELIU⁴⁸⁹, tras negar a la junta de compensación la condición de poder adjudicador, defiende, sin

⁴⁸⁸ STUE de 30 de Marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl contra Giuseppe Calafiori*, C-451/2003.

⁴⁸⁹ José María GIMENO FELIÚ, “El urbanismo como actividad económica...”, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

embargo, su sujeción a la Directiva de contratos públicos en aplicación de la doctrina recaída en el asunto *Scala*, en tanto la función urbanizadora es atribuida a la junta directamente por la Ley sin que exista la posibilidad de la Administración de elegir parte contratante:

“Afirmamos que no tienen la consideración de sujetos contratantes sometidos a las previsiones de la LCAP o LFCP, pero que sí deben aplicar la misma en los contratos consecuencia de la función pública encomendada por imperativo de la Directiva de contratos públicos —o del art. 3 de LFCP— (la obra pública que realicen, pero no la obra privada que, como suele ser habitual, se le encomienda por los partícipes). Es decir, es el concepto funcional de obra pública lo que «atrae» el régimen de la contratación pública a la actuación de la junta de compensación por cuanto concurren todas las notas para su consideración de obra pública⁷⁷. Previsión de la LFCP a todas luces acertada en clave de cumplimiento del Derecho comunitario en cuanto acoge la doctrina de la controvertida STJCE de 12 de julio de 2001 (*Scala de Milán*), en cuya virtud, a la vista de la similitud de la legislación urbanística italiana y la española, bien podría entenderse que las juntas de compensación, no teniendo la consideración de ente contratante o poder adjudicador, deben someterse a las normas de publicidad y concurrencia cuando, al menos, se superen los umbrales de publicidad comunitaria en la realización de la obra pública encomendada. Ciertamente, aplicando la normativa urbanística, corresponde a la junta de compensación la ejecución urbanística, no pudiendo ser objeto de licitación. Dicha relación jurídica parece que avala la tesis de que las juntas de compensación estarían al margen de la normativa de contratación pública, presentándose esta figura como uno de los ejemplos de adjudicación directa admitida por la normativa de contratación pública. Sin embargo, con ser esta conclusión correcta desde una perspectiva urbanística, debe ser objeto de matización al ser necesaria una interpretación útil de la Directiva de contratos públicos. Y así lo pone de relieve la citada STJCE *Scala de Milán*, de 12 de julio de 2001 (...)

En consecuencia, las juntas de compensación, sin ser entes contratantes, vienen obligadas a aplicar la normativa

de contratación pública cuando ejecutan obra pública derivada de la función urbanística encomendada. Así lo corrobora la citada STJCE *Scala* (...)

Es del mismo parecer TEJEDOR BIELSA, según el cual “si se tiene presente la interpretación que viene sosteniendo el Tribunal de Justicia acerca de la condición de contratista, no puede negarse que en el supuesto analizado en la Sentencia de 12 de julio de 2001 lo hay, ya que, aun cuando la contraparte de la Administración en el convenio no se identifique por ser un empresario constructor o urbanizador sino por ser la propietaria de los terrenos, lo cierto es que existe una persona que, aun no asumiendo la obligación de ejecutar directamente las obras, sí asume la de garantizar que éstas, efectivamente, se ejecutarán”⁴⁹⁰.

No obstante, y en coherencia con la postura que hemos defendido anteriormente, consideramos que no sólo debe contrastarse con el Derecho comunitario la actividad contractual de la junta de compensación, sino que el juicio de compatibilidad debe recaer sobre el mismo acto de habilitación otorgado a la misma, a fin de verificar si esta modalidad de excepción licitatoria a favor de la asociación de los propietarios del suelo cumple con las exigencias de la libertad de prestación de servicios recogida en el artículo 56 TFUE.

Y nuevamente cabe afirmar que la reserva de la acción urbanizadora a la junta de compensación al margen de toda concurrencia no es un supuesto amparado por el artículo 106.2 TFUE. Y no lo es por las siguientes razones:

- La limitación de la posibilidad de prestar un servicio económico (urbanización) a los propietarios del suelo implica vincular legalmente la prestación del servicio con una inversión directa en el Estado habilitante (lo que vulneraría tanto la libertad de circulación de capitales como la de prestación de servicios).

- A la luz de la experiencia alcanzada con la figura del agente urbanizador muy difícilmente podría justificarse que un pleno respeto a la libertad de prestación de servicios de los empresarios no propietarios impediría la transformación efectiva del suelo.

⁴⁹⁰ Julio César TEJEDOR BIELSA, “Contratación de la obra pública...”, op. cit., p. 609.

De lo que debe concluirse que la restricción al mercado impuesta por la normativa autonómica reguladora del sistema de compensación es desproporcionada en relación al fin perseguido.

Y aún salvada esta primera dificultad, nos encontraríamos que la solución apuntada en la sentencia *Scala* se refería a un supuesto en el que “el ayuntamiento no podía elegir quién se encargaría de llevar a cabo las obras de urbanización, ya que la Ley determinaba que esta persona fuera el propietario de los terrenos objeto de parcelación y titular de la licencia de construcción, cabía afirmar que el titular de la licencia, *única persona autorizada, conforme a la Ley*, para ejecutar las obras”⁴⁹¹. Sin embargo, las legislaciones autonómicas no prevén como único sistema de actuación el sistema de compensación, ni reservan en exclusiva al propietario del suelo la acción urbanizadora, sino que en la práctica totalidad de las Comunidades autónomas, conjuntamente con los sistemas basados en la iniciativa de los propietarios del suelo se prevén otros, como el agente urbanizador o concesión de obra urbanizadora, que apelan a la iniciativa empresarial, sea o no propietaria de suelo.

Y la Administración urbanística, al delimitar el ámbito de actuación y establecer la ordenación detallada (y siempre a la vista de los propietarios del suelo incluidos en el ámbito), determina cuál de estos sistemas será de aplicación. Es decir, decide si otorga la habilitación a los propietarios previamente identificados o se encomienda al resultado de la libre concurrencia⁴⁹².

No existe, por lo tanto, *única persona autorizada, conforme a la Ley, para ejecutar las obras*, sino una pluralidad de opciones de entre las cuales la Administración ha de elegir discrecionalmente una. Y ello, de acuerdo con la Sentencia del

⁴⁹¹ STJUE de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03, apartado 57.

⁴⁹² “Es siempre la Administración la que determina por completo el marco y el modo de la ejecución de las obras: fija las obras mismas y delimita la unidad de ejecución (de la que resulta, además de la coherencia de las obras con la urbanización total programada, el círculo de propietarios actuales afectados) y elige y aprueba el sistema de actuación.”. Luciano PAREJO ALFONSO, *Reivindicación del Urbanismo.. op. cit.*, p. 58.

Asimismo, *vid.* José María BAÑO LEÓN, “El mercado público...”, *op. cit.*, p. 33.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de octubre de 2005 citada, determina la imposibilidad de otorgar la habilitación a la junta de compensación al margen de la Directiva 2004/18/CE.

A esta conclusión llega, en otro marco normativo y precisamente para su descarte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuando afirma⁴⁹³:

“La tesis contraria, es decir, la de que la ejecución es pública y por ello sujeta a la legislación de contratos de las administraciones públicas, no afectaría sólo a la selección del urbanizador, sino que derrumbaría la propia gestión por compensación, ya que la Administración, al optar por este sistema, impediría concurrir a otros empresarios, lo que no parece posible por la íntima conexión que existe entre el derecho de propiedad y el derecho a promover la transformación y a urbanizar, inherentes a nuestro sistema urbanístico”.

Rota esta íntima conexión entre derecho de propiedad y derecho a urbanizar por la Ley 8/2007, de Suelo, la advertencia de derrumbe del sistema de compensación vertida en la sentencia 847/2006 cobra hoy un nuevo sentido.

3. La naturaleza contractual de la habilitación implícita en el sistema de compensación: la necesaria concurrencia entre voluntades públicas y privadas

Las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores respecto de las características de la relación entre la Administración urbanística y la junta de compensación nos conducen ineludiblemente al ámbito propio de las relaciones contractuales, hipótesis ésta que se refuerza ante la circunstancia de que la intervención de la junta de compensación exige la concurrencia de las voluntades municipal y de los propietarios⁴⁹⁴.

⁴⁹³ STSJ de Madrid 847/2006, de 6 de junio, rec. 1067/2000, FJ 2.

⁴⁹⁴ Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT destaca la existencia de una “voluntad concorde (el propio acuerdo de aplicar el sistema cuando se adopta a petición de los propietarios, la aprobación de las bases, la aprobación del Proyecto de urbanización, la recepción de la urbanización, entre otros)”, si bien niega la presencia de un contrato, considerando que realmente nos encontramos ante “la aplicación de un marco legal por

La voluntad de la Administración se manifiesta en un primer momento en la fijación del sistema de compensación como sistema de gestión aplicable al ámbito y ulteriormente en la aprobación de los estatutos de la junta de compensación.

Sin embargo, esta voluntad por sí sola carece de capacidad para poner en marcha el sistema, ya que la junta de compensación únicamente se constituye cuando así lo quiere un 60% de la propiedad, por lo que será la concurrencia de ambas voluntades -administrativa y dominical- la que permita la ejecución de la urbanización. Concurrencia de voluntades que evoca ineludiblemente a una suerte de colaboración público-privada, por más que los espacios temporales entre una y otra declaración de voluntad oscurezcan su naturaleza bilateral⁴⁹⁵.

Así concebida la relación, el rol de poder adjudicador vuelve a localizarse en el municipio, mientras que a la junta de compensación le corresponde el de operador económico.

Por último, esta concurrencia de voluntades tiene por objeto una causa onerosa, dado que la Administración dispondrá de las obras de urbanización y la junta de compensación se remunerará

medio de actos administrativos”, concluyendo en la aplicación de la figura del convenio de colaboración. *op. cit.*, p. 50.

No podemos compartir esta postura, dado que el juicio de compatibilidad con el Derecho comunitario ha de recaer, precisamente, sobre ese “marco legal” que permite la excepción licitatoria mediante actos administrativos. Por otra parte, la STJUE de 13 Ene. 2005, proc. C-84/2003, recuerda la imposibilidad de evocar la figura del convenio para evitar la aplicación de las directivas de contratación pública cuando el convenio tiene por objeto la prestación de obras, servicios o suministros.

⁴⁹⁵ “Al elegir el sistema de actuación está aceptando una iniciativa particular de colaboración en la actividad urbanística no de cada uno de los propietarios afectados y ni aún de la suma de ellos como tales, sino de unos particulares que aceptan quedar asociados o unidos en forma específica y temporal para el desarrollo de la urbanización y que están cualificados para tal iniciativa ciertamente por contar —agrupados— con el poder de disposición sobre la mayor parte de los bienes que deben ser transformados y, por tanto y en su caso, destruidos como tales”. Luciano PAREJO ALFONSO, *Reivindicación del Urbanismo.. op. cit.*, p. 58.

mediante la percepción de un ingreso de derecho público municipal, sin que la circulación extrapresupuestaria de la financiación pueda condicionar la aplicación del Derecho comunitario⁴⁹⁶.

La concurrencia de los restantes requisitos contractuales no ofrece peculiaridad alguna que merezca una exposición diferenciada de la realizada en el capítulo anterior.

III. LA JUNTA DE COMPENSACIÓN COMO PODER ADJUDICADOR O COMO OPERADOR ECONÓMICO DE NATURALEZA PRIVADA

Como hemos visto anteriormente, la atribución por el TRLS 1976 de personalidad jurídica administrativa a la junta de compensación no aclara, sin embargo, su estatuto jurídico público, de lo que es clara muestra la disparidad de pareceres existentes al respecto.

Así, frente a aquellos como GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁹⁷ que postulan su carácter de corporaciones sectoriales de base privada, otros, como BAÑO LEÓN o PARADA VÁZQUEZ⁴⁹⁸, niegan tal

⁴⁹⁶STJUE de 14 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/2006 y STJUE de 11 junio 2009, *Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, C-300/2007.

De opinión contraria es Roberto BUSTILLO BOLADO, quien tras analizar la relación entre la Administración y las juntas de compensación concluye que la misma no es onerosa, dado que “la acción urbanizadora no es una alternativa al pago ni se realiza a cuenta de nada”, “Obras de urbanización en el sistema de compensación y principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006”, *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, pp. 85-96; 94.

⁴⁹⁷ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimoquinta edición, Civitas, Navarra, 2011, pp. 409-417.

⁴⁹⁸Cfr. José María BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común, Iustel, Madrid, 2009, p. 33*; Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 157; María FUENSANTA GÓMEZ MANRRESA, *El particular en la gestión urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 122;

calificación en base a lo efímero de su existencia y a la presencia del Ayuntamiento en su composición.

La cuestión había sido resuelta más o menos pacíficamente por el Tribunal Supremo, quien en sus autos de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 19 de julio de 2003 y de 24 de octubre de 2005⁴⁹⁹ afirmó la sujeción de la actividad contractual de las juntas de compensación a la legislación contractual administrativa.

No obstante, la progresiva penetración en el derecho interno del concepto comunitario de poder adjudicador -culminada con la Ley de Contratos del Sector Público- ha dejado sin sustento normativo actual esta doctrina jurisprudencial, exclusivamente basada en la calificación formal de la junta como Administración pública.

Por consiguiente, debemos estudiar la posibilidad de subsumir la figura de la junta de compensación en alguna de las figuras definitorias del ámbito subjetivo de la LCSP y, en su caso, de la Directiva 2004/18/CE. Porque pudiera darse el caso de que, si bien la junta de compensación tuviese naturaleza administrativa para el cumplimiento de sus fines específicos, no tuviese la consideración de poder adjudicador a los efectos contractuales, por lo que en ésta dimensión de actividad únicamente actuaría en el ejercicio de su capacidad jurídica privada.

Pero también aquí existe una notable divergencia doctrinal.

Así, autores como FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, MENÉNDEZ REXACH, BAÑO LEÓN, TEJEDOR BIELSA o MARTÍNEZ DE VELASCO consideran que las juntas de compensación tienen la consideración de poder adjudicador, en tanto satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil y su gestión se encuentra sujeta al control de la Administración actuante⁵⁰⁰. Conclusión a la que igualmente llega

⁴⁹⁹ Autos de 10 de julio, rec. 19/2003 y de 24 de octubre de 2005, rec. 32/2005.

⁵⁰⁰ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, vigésima edición, Madrid, 2007, p. 172; Ángel MENÉNDEZ REXACH, "Contratación y urbanismo..." *op. cit.*, p. 44; José María BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 324 y ss.; Julio C. TEJEDOR BIELSA, "Contratación de obra pública urbanizadora y

BERBEROFF AYUDA apelando tanto a un efecto útil de la Directiva 2004/18/CE como a la concepción funcional del poder adjudicador⁵⁰¹.

Por el contrario, rechaza tal consideración BUSTILLO BOLADO, quien, tras confrontar el régimen jurídico de las juntas con la jurisprudencia del TJUE, concluye que ni se financian con cargo al Estado, ni se encuentran sujetas a un control por parte del Ayuntamiento “que vaya más allá de un mero control de legalidad”, ni éste tiene una presencia mayoritaria en sus órganos de Administración, de lo que se concluye que no tienen la consideración de poder adjudicador⁵⁰².

Por su parte, GIMENO FELIÚ, si bien descarta la condición de poder adjudicador de las juntas de compensación en tanto no existe un control o influencia dominante de la Administración,

sistema de compensación..” *op. cit.*, p. 607; Joaquín Huelin MARTÍNEZ de VELASCO, “Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, febrero 2004, pp. 7-19;15. Véase también Carlos PÉREZ GONZÁLEZ, quien defiende la condición de poder adjudicador de la junta de compensación en base a la naturaleza jurídico-administrativa de la junta y a la comprensión del objeto del contrato como un contrato público de obras. Cfr. “Los sistemas de gestión urbanística indirectos: La compensación. El concierto y la concesión de obra urbanizadora. La obtención de sistemas generales”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, José Luís MEILÁN GIL (dir.), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 637-743; 691.

⁵⁰¹ Cfr. Dimitry BERBEROFF AYUDA, “Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, octubre 2008, pp. 48-63; 61.

⁵⁰² Cfr. Roberto O. BUSTILLO BOLADO, “Obras de urbanización en el sistema de compensación y principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, pp. 85-96; 89 y 90.

Debemos citar, asimismo, a María PARDO ÁLVAREZ, quien rechaza la sujeción de la Junta de Compensación a la normativa contractual desde la premisa de que la obra de urbanización no es una obra pública y no se financia con fondos públicos, debiendo remitirnos en el desarrollo de esta línea argumental a los capítulos anteriores. “Derecho a urbanizar: ¿Sumisión a la Ley de Contratos?”, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

defiende su sujeción a la Directiva 2004/18/CE, en virtud del poder atractivo de la obra pública y en la medida en la que contraten la ejecución de obras de urbanización por importe superior al umbral de publicidad comunitaria⁵⁰³.

Y ante esta divergencia de pareceres no puede sorprender que, en los últimos tiempos, hayan aflorado diversos pronunciamientos contrarios a la línea marcada por el Tribunal Supremo y que fundamentan su discrepancia apelando al Derecho comunitario.

El primero de ellos lo constituye la ya citada STSJ Madrid de 6 de junio de 2006⁵⁰⁴ en la que se plantea la posible concurrencia en la junta de compensación de los requisitos acumulativos previstos en la Directiva 93/37 para identificar la presencia de un poder adjudicador.

Ahora bien, el Tribunal no sólo no se pronuncia claramente sobre la cuestión, sino que tras afirmar que “*con independencia de que a determinados efectos las juntas de compensación pudieran tener la consideración de poder adjudicador en el sentido de las directivas y que sin duda la obra urbanizadora es una obra pública*”, sorprendentemente termina concluyendo “*que el sistema de gestión privada por compensación, implica el desarrollo de una actividad empresarial y, por tanto, no es aplicable la legislación sobre contratación pública*”⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Cfr. José María GIMENO FELIÚ, “El ámbito subjetivo y objetivo...”, *op. cit.*, p. 42; y en “El urbanismo como actividad económica...”, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

⁵⁰⁴ STSJ de Madrid 847/2006, de 6 de junio, rec. 1067/2000, FJ 2.

⁵⁰⁵ Tras este pronunciamiento late la idea de que, en tanto no existe una reserva legal de la actividad urbanizadora a favor de la Administración, ésta se mantiene dentro del contenido normal del derecho de libertad de empresa.

En consecuencia, debería apreciarse la coexistencia de dos esferas o estatutos jurídicos claramente diferenciados: el público y el privado. El primero asumiría en exclusiva la dirección y control del proceso de ejecución material, mientras el segundo asumiría dicha ejecución material como actividad empresarial estrictamente privada.

De tal forma que la dirección y control de la acción urbanística se sujetaría al derecho administrativo, mientras que la ejecución de la

Postura que no podemos compartir, en tanto una vez advertida la condición de poder adjudicador en la junta de compensación, la teoría del contagio extendería la aplicación de la Directiva 93/37 a la totalidad de su actividad contractual, con independencia de que constituya o no una manifestación de su libertad de empresa.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en pronunciamientos posteriores rectifica esta doctrina y asume la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo en sus autos de 10 de julio de 2003 y 24 de octubre de 2005 y que prescinde de todo juicio de contraste con el Derecho comunitario⁵⁰⁶.

Otro ejemplo lo aporta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 11 de marzo de 2010⁵⁰⁷ en la que, de forma desacompañada, abraza la tesis mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 6 de junio de 2006, y llega incluso a afirmar que “las obras de urbanización no son obras públicas en el sentido de la Directiva”, así como que la ejecución de las obras de urbanización “se trata de una obligación legal ajena al ámbito subjetivo y objetivo de la normativa reguladora de la contratación administrativa”, tras lo cual da por despachado el asunto.

La argumentación más consistente la ofrece el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/09, de 26 de febrero de 2010, en tanto estudia uno a uno la totalidad de los elementos definitorios de poder adjudicador contemplados en la LCSP.

En este informe, la Junta Consultiva afirma que las juntas de compensación han sido creadas y dotadas de personalidad jurídica para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, si bien termina descartando su condición de poder adjudicador en tanto no están sujetas a un control o influencia dominante por la Administración, en tanto “la financiación de las Juntas corre a cargo exclusivamente de los

urbanización, como actividad económica amparada en el artículo 38 de la CE, se regiría exclusivamente por el Derecho privado.

⁵⁰⁶ Por todas, *vid.* STSJ de Madrid 10402/2010, de 27 de mayo de 2010, rec. 133/2010 o 445/2010, de 10 de junio, rec. 191/2010.

⁵⁰⁷ STSJ de la Rioja, 137/2010, de 11 de marzo, rec. 175/2009.

propietarios adheridos a las mismas y su control o gobierno es asumido por los órganos de representación de los propietarios, en los cuales a lo sumo habrá un representante del Ayuntamiento”.

En efecto, y tal y como concluimos respecto de la figura del agente urbanizador, la financiación de la junta de compensación, si bien puede calificarse como pública⁵⁰⁸, no puede computarse a los efectos de apreciar la existencia de un control dominante ya que se enmarca en el seno de una relación contractual libremente pactada⁵⁰⁹.

Y, por otra parte, ni la Administración nombra a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia, ni el control ejercido es un control de gestión, sino de resultado⁵¹⁰.

Por lo que debe concluirse que las juntas de compensación no son poderes adjudicadores, sino entidades asociativas de base privada que, al igual que concluyera en su momento el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ejecutan la urbanización en el ejercicio de su libertad de empresa y a extramuros de la legislación contractual administrativa.

Compartimos, pues, las conclusiones alcanzadas por BUSTILLO BOLADO y GIMENO FELIU, pero discrepamos en sus consecuencias, dado que, tal y como se expuso anteriormente, las juntas de compensación no actúan como sustitutos legales de la Administración, sino como mandatarios discrecionalmente elegidos a través de la fijación del sistema de actuación, por lo que la naturaleza de su relación con la Administración es netamente contractual.

⁵⁰⁸ Tal y como concluimos tras el examen de las STJUE de 14 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/2006 y de de 11 junio 2009, *Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, C-300/2007.

⁵⁰⁹ STJUE de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98.

⁵¹⁰ STJUE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, apartado 70.

Y ello, tal y como afirmó el TJUE en la sentencia de 20 de octubre de 2005⁵¹¹, imposibilita otorgar a la junta de compensación la habilitación para la ejecución de la urbanización al margen del procedimiento previsto en la Directiva 2004/18/CE, produciéndose, finalmente, el derrumbe del sistema de compensación preconizado por el TSJ de Madrid en su sentencia de 6 de junio de 2006.

IV. UN ÚLTIMO APUNTE: SOBRE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN Y LA EMPRESA URBANIZADORA INCORPORADA A LA MISMA

En las páginas anteriores hemos defendido cómo la habilitación otorgada por el Ayuntamiento a los propietarios del suelo asociados en junta de compensación es, propiamente, una excepción licitatoria que desentona con las exigencias comunitarias de libre mercado.

Asimismo, defendíamos que la junta de compensación no reúne los requisitos exigidos por el Derecho comunitario para su consideración como poder adjudicador.

De acuerdo con estas conclusiones, es el propio acto de habilitación otorgado a la junta el que debería someterse a los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, y no las relaciones contractuales entabladas entre la junta y sus proveedores de servicios, estén o no incorporados a la misma.

No obstante, nos detendremos en el supuesto previsto en los artículos 127.2 TRLS 1976⁵¹² y 176.4 del RGU 1978⁵¹³, en tanto,

⁵¹¹ STJUE de 20 de octubre de 2005, Comisión contra Francia, C-264/03, apartado 57.

⁵¹² Artículo 127.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana:

“2. Podrán también incorporarse a la Junta las Empresas urbanizadoras que hayan de participar con los propietarios en la gestión del polígono o unidad de actuación”:

para un sector de nuestra doctrina más autorizada, no sólo conserva su vigencia, sino que es perfectamente compatible con las exigencias del Derecho comunitario.

Autores como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵¹⁴ o MENÉNDEZ REXACH⁵¹⁵ han defendido su vigencia desde el entendimiento de la relación nacida entre la junta de compensación y la empresa urbanizadora incorporada a la misma como un supuesto de contrato *in house* o relación doméstica excluida, por tanto, de las directivas comunitarias.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ argumenta que “en este caso la Junta de Compensación, que es un *alter ego* de la Administración que asume la ejecución de las obras por “encomienda legal”, como dice hoy expresivamente la (...) Ley del Suelo de Madrid de 17 de julio de 2001, está ejecutando las obras por sus propios medios, a través de sus propios miembros, igual, exactamente igual, que ocurre cuando la Administración municipal se hace cargo de la ejecución mediante los propios funcionarios y agentes en ella integrados. Las empresas urbanizadoras incorporadas a la Junta de Compensación no son terceros con respecto a ésta, sino miembros de pleno derecho de la misma, integrantes de su propio *corpus*”⁵¹⁶.

Prescindiendo de las conclusiones anteriormente defendidas (y que conducirían a la exclusión de esta relación del ámbito subjetivo de la Directiva 2004/18/CE), y partiendo de la hipótesis

⁵¹³ Artículo 176.4 del Real Decreto 3288/de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana:

“4. Si a la Junta de Compensación se hubiera incorporado alguna empresa urbanizadora que aporte, total o parcialmente, los fondos necesarios para utilizar el suelo, la ejecución de la obra podrá realizarse directamente por dicha empresa si las bases lo hubieran así previsto, en cuyo caso se garantizará el cumplimiento de las circunstancias exigidas en el número anterior”.

⁵¹⁴ Cfr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE...”, *op. cit.*, p. 23 y *Manual de Derecho Urbanístico*, El consultor de los Ayuntamientos y juzgados, 20 edición, Madrid 2007, p. 172.

⁵¹⁵ Cfr. Ángel MENÉNDEZ REXACH, “Contratación y urbanismo...”, *op. cit.*, p. 44.

⁵¹⁶ Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La Sentencia del TJCE...”, *op. cit.*, p. 23.

de la consideración de la junta de compensación como poder adjudicador, no podemos compartir la vigencia actual de los artículos 127.2 del TRLS 1976 y 176.4 y del RGU.

La razón no es otra que la ausencia de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJUE para calificar la relación nacida entre la junta de compensación y la empresa urbanizadora incorporada a la misma como una relación doméstica o *in house providing*.

En efecto, como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado unos criterios que permiten discernir cuándo una relación entre dos entidades dependientes carece de naturaleza contractual por mantenerse dentro de la esfera de la autoorganización del poder público⁵¹⁷.

Tal y como hemos visto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ niega la concurrencia del primero de los criterios -existencia de dos personas formalmente distintas- afirmando que “las empresas urbanizadoras incorporadas a la Junta de Compensación no son terceros con respecto a ésta, sino miembros de pleno derecho de la misma, integrantes de su propio *corpus*”.

Sin embargo, la personalidad jurídica mercantil de la empresa urbanizadora no puede confundirse con la personalidad jurídica administrativa de la junta de compensación, por más que la primera sea partícipe o asociada de esta última, constituyendo dos centros de imputación jurídica claramente diferenciados.

De hecho, no se puede poner en duda que las relaciones laborales de los operarios de la empresa se entablan con esta última, no con la junta, al igual que los contratos de suministro o las pólizas de crédito para afrontar las necesidades de capital circulante.

⁵¹⁷ Por todas, Vid. SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98; de 8 de mayo de 2003, *TRAGSA*, C-349/97; de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C458/03; de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, C-340/04; de 19 de abril de 2007, *TRAGSA II*, C-295/55 y de 18 de diciembre de 2007, *Asociación profesional de Empresas de Reparto y manipulado de correspondencia*, C-220/06.

Por otra parte, la junta de compensación carece de todo control sobre la gestión de la empresa urbanizadora, ya que ni nombra a representante alguno en sus órganos de administración, gestión o vigilancia, ni financia mayoritariamente su actividad.

El único control que la junta de compensación ejerce sobre la empresa urbanizadora incorporada a la misma es un control *a posteriori* sobre el cumplimiento del contrato y que es esencialmente idéntico al control del cumplimiento de cualquier contrato de obras.

Tampoco puede admitirse que la empresa urbanizadora realice la parte esencial de su actividad para la junta de compensación, lo que es especialmente visible en aquellos (y numerosos supuestos) en los que alguna de nuestras más vistosas empresas constructoras (como, por ejemplo, las cotizadas en los mercados secundarios) se incorpora a una o varias de las cientos de juntas de compensación que gestionan el suelo de las ciudades y pueblos españoles.

Y, por último, no existe una alineación de la autonomía contractual de la empresa urbanizadora a favor de la junta de compensación, ya que si los términos del contrato no quedaron perfectamente definidos con anterioridad a la incorporación de la empresa a la junta, esta definición se realizará en un momento posterior con la imprescindible y libre anuencia de la empresa urbanizadora⁵¹⁸.

De forma tal que, si no se llega a un libre acuerdo en esta determinación posterior de las condiciones del contrato, la

⁵¹⁸ Afirma Agustín de ASÍS ROIG que “Probablemente, la peculiaridad de este supuesto derive de que no es el momento de la ejecución cuando se establece la regulación convencional de las operaciones de urbanización, sino que éstas se encuentran predeterminadas en el acuerdo de incorporación de la entidad a la Junta”, “caracterización de la función de urbanización...”, *op. cit.*, p. 191.

Véase, asimismo, Juan Antonio XIOL RÍOS, “La Sentencia Scala 2001: ¿odiosa o indiferente para el Derecho urbanístico en España?”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, febrero 2004, pp. 28-30, 30, donde afirma que, en el supuesto de empresas constructoras o urbanizadoras integradas en la Junta “existe una determinación cuasi convencional de las obligaciones de la Junta y de las que corresponden a la empresa integrada en ella”.

empresa no tiene más que rechazar la encomienda⁵¹⁹ o, si es su voluntad y carece de propiedad en el ámbito, abandonar la junta en el libre ejercicio de la vertiente negativa de su libertad de asociación.

Debiendo concluir que la relación nacida entre la junta de compensación y la empresa urbanizadora incorporada a la misma no es una relación *in house*, sino una relación contractual, nacida de la libre voluntad de ambas partes de asumir las obligaciones que constituyen el objeto cierto de un contrato de obras.

⁵¹⁹ Dado que el ordenamiento jurídico no prevé sanción o consecencial alguna a su rechazo, salvo aquellas que hayan sido libremente aceptadas por la empresa urbanizadora al solicitar su incorporación a la Junta. Y esta libertad de aceptación o rechazo conlleva la imposibilidad de considerar la relación como doméstica. *Vid.* STJUE de 18 de diciembre de 2007, *Asociación profesional de Empresas de Reparto y manipulado de correspondencia*, C-220/06.

CONCLUSIONES

- I -

LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL ACTUAL MODELO URBANÍSTICO

1. En la introducción a la presente tesis doctoral se hizo una breve referencia al debate surgido con ocasión de la promulgación de la LRAU y acerca del deslinde entre derecho de propiedad y de libertad de empresa en lo que concierne a la actividad urbanización. Las propuestas defendidas en este debate se justificaron en el contenido esencial de ambos derechos, lo que es tanto como defender la predeterminación constitucional del modelo urbanístico.

Sin embargo, hoy en día es comúnmente aceptado que no existe una predeterminación constitucional del modelo urbanístico que derive de la delimitación del contenido esencial de los derechos de propiedad y libertad de empresa. Desde una perspectiva exclusivamente constitucional, el problema no radica en la atribución legal de la actividad urbanizadora al propietario o al particular no propietario del suelo. Este aspecto queda relegado a una cuestión de legalidad ordinaria.

El estado actual de la cuestión pasa por reconocer un amplio margen al legislador para configurar un modelo urbanístico acorde con la realidad política y económica de cada tiempo, sin que la opción entre uno u otro de los modelos expuestos venga impuesto por condicionantes constitucionales relativos a la garantía institucional de los dos derechos conexos: libertad de empresa y derecho de propiedad.

Por todo ello, la referencia constitucional del problema debe centrarse en verificar la adecuación al principio de proporcionalidad de las técnicas concretas en las que se materializa cada sistema urbanístico, en la medida en la que dichas técnicas impliquen una restricción de los derechos constitucionales afectados.

2. La evaluación de la incidencia sobre la libertad de empresa de las técnicas a través de las que se desarrolla la actividad urbanizadora con arreglo al principio de proporcionalidad exige la verificación del cumplimiento de tres subprincipios: necesidad, idoneidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

Centrándonos en la reserva de servicios, la necesidad e idoneidad de la reserva descansan en la razonabilidad de la solución normativa propuesta para *satisfacer una necesidad esencial de la comunidad*. La percepción del derecho a la vivienda como un derecho fundamental de la persona y de la actividad urbanística como un servicio esencial para su satisfacción conduce a aceptar la necesidad de la reserva. Asimismo, la comparación entre las experiencias autonómicas centradas en la gestión patrimonialista y aquellas otras volcadas en la gestión empresarial permiten afirmar su idoneidad.

La dificultad estriba, sin embargo, en la verificación del cumplimiento del tercer subprincipio: el de proporcionalidad en sentido estricto.

Al abordar este análisis partimos de la premisa según la cual el TRLS 2008 reserva al sector público la actividad de ejecución de la urbanización. Así parece indicarlo la exposición de motivos cuando asegura que la “urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados, y que suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógicamente como físicamente de los límites propios de la propiedad”.

Al amparo de la legislación precedente (TRLR 1976 o LRSV/1998), el derecho de acceso a la actividad urbanizadora pertenecía al derecho de propiedad, no se le concedía. Desde la aprobación de la Ley 8/2007, en aquellos supuestos en los que la Administración no vaya a ejercer directamente la actividad urbanizadora será necesaria su encomienda a privados –sean o no propietarios de los terrenos- encomienda que requerirá siempre un acto de habilitación.

En el otorgamiento de este acto de habilitación pueden localizarse situaciones de desigualdad entre operadores que, a la postre, conducirían a una restricción desproporcionada de la libertad de empresa. Consciente de este riesgo, el legislador estatal pretende salvaguardar el principio de igualdad afirmando que la

habilitación a particulares para el desarrollo la actividad de ejecución de la urbanización “deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia”.

Igualmente consciente de que la generalización de este modelo basado en la pública concurrencia implicaría una considerable restricción de la libertad autonómica en la formulación de sus políticas urbanísticas, el mismo legislador estatal abre la posibilidad de que la legislación autonómica prevea “peculiaridades o excepciones... a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo” (artículo 6.a), “reservando a la propiedad la iniciativa de la urbanización en determinados casos de acuerdo con esta Ley, que persigue el progreso pero no la ruptura” (Exposición de Motivos de la Ley 8/2007).

La calculada ambigüedad de estas palabras explica la divergencia de opiniones sobre el significado del artículo 6.a del TRLS 2008 y, particularmente, sobre la pervivencia de la *excepción licitatoria a favor del propietario del suelo*.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto varía sustancialmente en función de la interpretación adoptada.

Así, de entenderse que en las peculiaridades o excepciones a las que se refiere el artículo 6.a del TRLS 2008 no tiene cabida la excepción licitatoria a favor del propietario del suelo, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto únicamente exige la ponderación entre los derechos a la vivienda digna y a la libertad de empresa, lo que aventura un juicio favorable a la reserva.

Sin embargo, el resultado de la ponderación es diferente cuando se pretende otorgar un sentido amplio a la expresión “peculiaridades o excepciones”, de forma que permita que las comunidades autónomas regulen en su legislación urbanística alguna de las modalidades de excepción licitatoria que tradicionalmente han campado en nuestro derecho. En este caso, la introducción de la divergencia territorial como variable exige que la labor de ponderación discierna entre la vertiente subjetiva y la institucional de la libertad de empresa.

3. Desde *la vertiente subjetiva de la libertad de empresa*, pueden hacerse las siguientes consideraciones.

Una vez residenciada la actividad urbanizadora en la

Administración, ésta puede encomendar su ejercicio a particulares a través de un acto de habilitación. En este caso, los principios de libertad e igualdad exigen la tramitación de un procedimiento de pública concurrencia, que permita a la totalidad de los potenciales operadores aspirar en condiciones de igualdad al acceso a la actividad. La reserva de la actividad y su ulterior devolución al mercado en un procedimiento de pública concurrencia tiene como efecto promover la competencia en el seno de un mercado público, garantizándose la libertad de empresa de la totalidad de los operadores económicos.

Por el contrario, el otorgamiento de la habilitación para desarrollar la actividad económica urbanizadora a unos particulares identificados por su condición de propietarios conlleva, necesariamente, la supresión del derecho de acceso a la actividad a los restantes operadores. Y es aquí, en esta ablación del ámbito objetivo de la libertad de empresa de los restantes operadores, donde se produce una restricción desproporcionada de su libertad.

En efecto, la delimitación entre el derecho de propiedad y libertad de empresa ha ubicado la actividad de ejecución de la urbanización en el seno del derecho de libertad de empresa de *todo* operador económico (sea o no propietario de suelo), dado que la ejecución de la urbanización excede tanto lógica como físicamente de los límites propios de la propiedad.

Sin embargo, y a pesar de que el legislador proclama expresamente esta desvinculación “lógica” entre propiedad y ejecución de la urbanización así como la necesidad de que su ejecución sea “abierto a la competencia de terceros” con la finalidad de que redunde “en la agilidad y eficiencia de la actuación”, se priva al operador no propietario de su derecho de acceso al ejercicio de la actividad con la finalidad de que la ejerza en exclusiva otro operador económico, precisamente, por su condición de propietario.

Es decir, desde la perspectiva del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se sacrifica la libertad de empresa de un operador para otorgarla en exclusiva a otro operador y este sacrificio pretende justificarse en circunstancias ajenas a la actividad (dado que la propiedad se ha desvinculado expresamente por el legislador de la lógica de la actividad de ejecución de la urbanización) e incluso perjudiciales para su

desarrollo (dado que el legislador afirma que la competencia en este sector conlleva agilidad y eficiencia).

No existen, por lo tanto, motivos que hagan prevalecer la libertad de empresa del propietario sobre la libertad de empresa del no propietario, por lo que el sacrificio de este último es irrazonable y desproporcionado.

4. Desde la *vertiente institucional del derecho* de libertad de empresa, el análisis debería centrarse en determinar cuáles son los límites que los principios de proporcionalidad y de unidad de mercado imponen a la expresión “peculiaridades o excepciones que ésta” – la legislación autonómica- “prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo”.

La legislación autonómica que prevea tales peculiaridades o excepciones, en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, debe resultar proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6).

De lo que se concluye que una regulación autonómica que parta de la aplicación extensiva de la habilitación normativa contenida en el artículo 6 del TRLS 2008 podría resultar inconstitucional en la medida que introdujese innecesariamente divergencias territoriales en la situación jurídica fundamental de los operadores respecto de un mismo sector económico.

Advertimos la existencia de un límite constitucional en la necesaria proporcionalidad de las técnicas administrativas en las que se instrumenta la reserva de la actividad de ejecución de la urbanización, tanto por lo que atañe a su incidencia sobre los restantes titulares del derecho de libertad de empresa, como por su trascendencia en la salvaguarda de la unidad de mercado y, por ende, de la Nación española.

De ahí que el legislador autonómico deba acotar el ámbito de aplicación de las peculiaridades o excepciones como excepción licitatoria a supuestos muy concretos y justificados y de escasa o nula incidencia en el mercado (como las obras necesarias para que la parcela tenga la condición de solar), concibiendo en los restantes

casos la reserva de la iniciativa como acto inserto en un procedimiento público; esto es, como modalidad de participación *ute cives* y no como la concesión de un derecho exclusivo a urbanizar.

- II -

LA ACTIVIDAD URBANIZADORA COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL (SIEG)

1. El Tratado de Lisboa refuerza el papel que los SIEG están llamados desempeñar en el proceso de construcción europea. Este reforzamiento pretende armonizar las normas de unidad de mercado y las exigencias propias de la correcta prestación de los servicios esenciales.

La Ley 8/2007 recoge el testigo tendido por el Tratado de Lisboa y, a tal fin, homologa expresamente la actividad urbanizadora como SIEG, proclamando que la iniciativa privada para la actividad urbanística “es una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de la propiedad como a la libertad de empresa”, así como que “la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados”.

En coherencia con dichas declaraciones, el TRLS 2008 distingue dos modalidades de acción: la gestión directa, en la que la Administración asume la gestión del servicio y apela a un mercado público armonizado para satisfacer sus necesidades; y la gestión indirecta, enmarcada en la previa calificación de la actividad urbanística como SIEG.

La finalidad última de esta calificación de la actividad urbanística como servicio de interés económico general no es otra que escapar, en la medida de lo posible, de los rigores a los que la jurisprudencia del TJUE ha sometido la actividad urbanizadora. Esta calificación permitiría invocar la excepción recogida en el artículo 106.2 del Tratado, que recoge, tanto la sujeción de los SIEG a las normas de los Tratados como su eventual excepción (en aquellos casos en que la aplicación de dichas normas “*impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas*”).

confiada”). Asimismo, la aplicación del régimen jurídico de los SIEG marca diferencias entre dos estatutos jurídicos de prestadores de servicios: el operador del SIEG -o agente urbanizador- y el proveedor del operador -o constructor-.

La apelación a la excepción establecida en el artículo 106.2 del TFUE teóricamente respaldaría la excepción licitatoria otorgada a favor de los propietarios del suelo, desplazando el control comunitario de la relación contractual a la decisión legislativa previa de exclusión de la actividad urbanizadora del ámbito objetivo de la libertad de circulación. Este control se limita a la verificación de los hechos determinantes y a la ponderación de la restricción con arreglo al principio de proporcionalidad, por lo que es más permeable a las sensibilidades del momento que el basado en la aplicación de las directivas de contratación pública.

Por lo que respecta a los supuestos no reservados a la propiedad del suelo, en tanto el SIEG *iniciativa privada en la actividad urbanística* no se encuentra armonizado, el procedimiento de adjudicación del título habilitante para su ejercicio tampoco lo está, dado que desde este momento la elección del operador se ubica en un nivel y mercado diferentes al de su proveedor: el contratista de obra. En última instancia, la aceptación de la propuesta conllevaría que únicamente nos encontráramos ante un procedimiento de adjudicación de un contrato público -no armonizado- en la elección del operador, pero nunca en la elección del proveedor del operador salvo que el operador sea una empresa pública.

2. La viabilidad de la solución propuesta descansa en la proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad de circulación que pretende amparar.

De entre estas medidas restrictivas ha de destacarse, en primer lugar, *la limitación del número de operadores*. El legislador estatal justifica adecuadamente este primer grado de restricción afirmando que el suelo, “además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable”.

Una vez justificada la limitación del número de operadores, el derecho comunitario exige que *la concesión del título habilitante* para la prestación del servicio se otorgue con pleno respeto al mercado. Esto es, con arreglo a los *principios de publicidad, igualdad y concurrencia*.

La eventual derogación de estos principios en la elección del operador exigiría un juicio de proporcionalidad diferente al emitido para la restricción cuantitativa del número de operadores y en el que ya no se considerarían los argumentos relativos a los recursos escasos, monopolio natural o exceso de competencia, sino la estrecha *vinculación entre la satisfacción del interés público y la prestación del servicio por una persona o categoría de personas determinada*.

Ahora bien, la distribución constitucional de competencias en materia de urbanismo exige aplicar el test de proporcionalidad sobre cada uno de los diferentes niveles normativos en los que se descompone la regulación de la actividad urbanizadora.

En un primer nivel se encontraría *la regulación contenida en la legislación estatal de suelo*, concretamente el TRLS 2008. Si bien es cierto que en este texto se recoge la posibilidad de que la legislación autonómica prevea peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo, de esta previsión normativa no se deriva derecho alguno para los propietarios, sino, todo lo más, una habilitación al legislador autonómico para modular el régimen general basado en la pública concurrencia. En este nivel normativo no se otorga, consecuentemente, un derecho exclusivo a urbanizar, sino que se habilita al legislador autonómico para otorgar un tratamiento legal diferenciado al derecho del propietario del suelo de acceso a la actividad urbanizadora. Por lo tanto, desde la perspectiva del Derecho comunitario, la regulación contenida en el TRLS 2008 carece del nivel de concreción suficiente como para afirmar que deroga eventualmente las normas del Tratado, por lo que desplaza el juicio de proporcionalidad al nivel normativo inferior: el autonómico.

Tampoco puede considerarse que el *nivel normativo autonómico* otorgue un derecho exclusivo a los propietarios del suelo, sino lo que hemos denominado un *tratamiento legal diferenciado*: la actividad “iniciativa privada para la actividad urbanística” no se asigna a sujetos determinados en la norma o determinables a través de un simple acto reglado, sino a toda una categoría de sujetos –propietarios de suelo- cuya identificación se relega al ejercicio de potestades administrativas discrecionales. Es aquí donde debe justificarse la necesidad de limitar el acceso a la prestación del SIEG a favor de una categoría concreta de personas (los propietarios de suelo), lo que exige acreditar que el otorgamiento del título habilitante en pública concurrencia

dificulta, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión de interés general del servicio (art. 106.2 TFUE).

Finalmente, en el *último nivel de regulación (planificación urbanística)* se adoptan dos decisiones de fuerte contenido discrecional: la definición específica de la misión de interés general y la identificación de las personas llamadas a prestar el servicio.

La definición específica de la misión de interés general se contiene en la delimitación el ámbito territorial de la actividad, en la definición de las necesidades urbanísticas a satisfacer y en la ordenación de la actividad de urbanización y edificación. Asimismo, en el planeamiento se identifica el sistema de gestión urbanística a seguir –de existir varios- pudiendo decidir en este momento la Administración si reserva para sí el ejercicio de la actividad, si decide acudir ordinariamente al mercado para su prestación o si aplica el régimen jurídico en el que se concreta la reserva a los propietarios. Por último, en el acto de planeamiento se identifica, como efecto directo de la delimitación territorial, a las parcelas de suelo afectadas y a sus titulares.

Consecuentemente, cabe afirmar que en este nivel de decisión *se identifica al potencial operador (identificando las parcelas) y se decide otorgarle o no el derecho de ejercicio exclusivo de la actividad de urbanización (fijación del sistema de actuación)*; todo ello en el contexto de intensa discrecionalidad inherente al contenido esencialmente político de la planificación urbanística. Tras estas decisiones administrativas se produce una verdadera concesión de un derecho exclusivo al propietario del suelo para la prestación del SIEG “iniciativa privada para la actividad urbanística”.

Volviendo a la proporcionalidad de la restricción, en este nivel de decisión debería justificarse la selección del sistema de actuación en el que se concreta la excepción licitatoria, y esta justificación exige acreditar que, en atención a las circunstancias concurrentes, la aplicación de los restantes sistemas de actuación no permitiría una razonable gestión del suelo.

Asimismo, en tanto que en la delimitación del ámbito se identifica a aquellos particulares a los que -por su condición de propietarios- se les encomendará la actividad urbanizadora, en este nivel normativo deberán explicitarse debidamente los criterios seguidos para la delimitación, a fin de permitir un adecuado

control de los hechos determinantes como técnica última de interdicción de la discriminación.

De todo lo anterior se intuye la dificultad a la que se enfrentan las comunidades autónomas y ayuntamientos para justificar adecuadamente la razonabilidad de la excepción licitatoria a favor de los propietarios de suelo, ya que muy difícilmente podrán justificar que el otorgamiento del título habilitante en pública concurrencia para el ejercicio de la actividad urbanizadora impide, de hecho o de derecho, la misión de interés general encomendada a la iniciativa privada en la actividad urbanística.

3. Del análisis de los asuntos *Ordine degli architetti*, *Jean Auroux*, *Comisión contra Francia* o *Comisión contra Italia*, se concluye que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es absolutamente insensible a las definiciones recogidas por las legislaciones nacionales de la actividad urbanística como SIEG, cuando la definición del servicio contenido en la legislación nacional integra servicios económicos sujetos a regulación armonizada y la elección del operador conlleva la encomienda de la realización de una obra o la prestación de un servicio.

Esta invisibilidad del SIEG a los ojos del Tribunal genera confusión entre los dos niveles de apertura a la competencia a las que hacía referencia el proyecto de Carta Europea de los servicios públicos: el operador del SIEG y el proveedor del operador.

Y esta confusión, a su vez, explica el salto conceptual al que llega el Tribunal de Justicia en el asunto *Proyecto Scala 2001*, cuando, con el único apoyo de la aplicación analógica de un precepto exclusivamente aplicable a los contratos de suministro perfeccionados por el concesionario de una obra pública, modifica el ámbito subjetivo de la Directiva 93/37, imponiendo al operador del servicio la obligación de tramitar el procedimiento de adjudicación previsto en la Directiva para la selección del proveedor del operador, creando un claro precedente de aplicación horizontal entre particulares de los preceptos de libertad de empresa sin apoyatura en el derecho derivado.

La doctrina del TJUE se explica porque el SIEG correspondiente a la iniciativa en la actividad urbanística es un servicio de interés económico general no armonizado. Por otra parte, es un servicio complejo y su prestación se traduce en el

desarrollo de una multiplicidad de actividades, muchas de las cuales tienen un indudable contenido económico. E, inevitablemente, la mayoría de estas actividades son perfectamente subsumibles en la definición de obras o servicios contenida en la Directiva 2004/18/CE. Tampoco ofrece dudas el hecho de que, cuando un poder adjudicador otorga el título habilitante para la prestación de un SIEG, si la definición del SIEG conlleva la realización de obras, servicios o suministros, el otorgamiento del título habilitante implica un mandato para la realización de una obra, servicio o suministro.

En este mismo momento concurrirán los elementos subjetivos (poder adjudicador y contratista) y objetivos (obra, servicio o suministro) de la Directiva 2004/18/CE. En el supuesto de que exista una causa onerosa y la capacidad del poder adjudicador para elegir al operador del servicio, se cerrará el círculo del contrato.

A ello cabe oponer que el contrato entre el poder adjudicador y el operador tiene un objeto principal diferente al de la obra, servicio o suministro, dado que el objeto específico del título habilitante es la prestación de un SIEG y, como tal, responde a una causa diferente: la satisfacción de una necesidad esencial.

Si bien esta afirmación es cierta, el TJUE insiste en que, desde la perspectiva del Derecho derivado, la armonización de un servicio exige para su excepción de un acto normativo de sentido inverso. Es decir, de la previsión de una excepción a la aplicación de la directiva, bien en la directiva misma, bien como consecuencia de la solución de un conflicto de normas. La solución pasaría, por lo tanto, por la inclusión en la Directiva 2004/18/CE de un tipo contractual específico, por la aprobación de una norma horizontal sobre los SIEG, o por la regulación armonizada de este concreto servicio económico de interés general.

En tanto esto no suceda, la labor jurisprudencial de contraste de la legislación urbanística con el Derecho comunitario debe tener presente la calificación de la actividad urbanizadora como SIEG y, desde esta premisa, ponderar la proporcionalidad de la derogación eventual de las libertades de circulación *ex* artículo 106 del TFUE.

Esta argumentación debe explicitarse con la finalidad de evitar pronunciamientos tan difícilmente inteligibles como el vertido en el asunto *Scala* y, consecuentemente, un rosario de

incumplimientos fruto de la incapacidad del legislador nacional de comprender aquello que el TJUE intuye pero no explica.

- III -

**LA ACTIVIDAD URBANIZADORA COMO OBJETO
DE UN CONTRATO PÚBLICO**

1. En la medida en la que la prestación del SIEG se desagrega en la realización de ciertas actividades remuneradas (obras, suministros o servicios) puede afirmarse que el SIEG se encuentra materialmente definido por la agrupación finalista de servicios ordinarios de mercado.

Para la prestación de estos servicios ordinarios - instrumentales respecto de la consecución de la misión de interés general- el operador de primer nivel (urbanizador) puede necesitar acudir al mercado, para lo cual contratará con un operador de segundo nivel o proveedor del operador (empresario constructor, equipo redactor de los proyectos de urbanización y equidistribución, etc.). Pero la relación surgida entre el operador del SIEG y el proveedor del operador ya no será una relación equivalente a la nacida entre la Administración y el operador.

Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto desde el primer momento por la doctrina española. Con especial contundencia PAREJO ALFONSO destaca que la actividad de prestación por un operador privado de un servicio público impropio constituye una modalidad de *ejercicio privado de función pública* y, por lo tanto, sujeta íntegramente al derecho privado, replegándose la actividad sujeta al derecho administrativo a la función de dirección y control.

Por el contrario, *la jurisprudencia comunitaria* entiende que en la habilitación otorgada por la Administración al urbanizador para la prestación del SIEG se contiene un mandato expreso para la *prestación de servicios ordinarios de mercado*. Y en la medida en la que dichos servicios constituyen el objeto de un *tipo contractual sujeto a regulación armonizada*, la búsqueda del efecto útil de las directivas puede conllevar la extensión de su aplicación a la totalidad de las relaciones jurídicas, ya sean del

primer nivel (elección del operador) o, alternativamente, de segundo nivel (proveedor del operador).

Ahora bien, la sujeción de ambos niveles de mercado y de sus correspondientes estatutos jurídicos a un único régimen jurídico contractual determina ciertos problemas de subsunción de las figuras relacionales propias del derecho urbanístico en los tipos y categorías del derecho comunitario de contratación.

2. Al abordar la identificación de los elementos definidores de los tipos contractuales sujetos a regulación armonizada, concluimos que las obras de urbanización son obras públicas, así como que, de existir contrato, éste se celebra por escrito entre una Administración y un empresario.

La mayor dificultad para calificar la relación entre urbanizador y Administración como una relación contractual consiste en apreciar la *onerosidad del contrato*, dado que no existe un flujo presupuestario destinado a financiar la ejecución de las obras de urbanización, sino la obligación de los propietarios de suelo de costearlas. Esto ha llevado a afirmar que las obras de urbanización son financiadas por los propietarios, no por la Administración, por lo que la relación entre Administración y urbanizador no sería una relación onerosa ni, consecuentemente, contractual.

En el presente trabajo defendimos el carácter oneroso de la relación a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vertida en los asuntos *Bayerischer Rundfunk y otros* y *Hans & Christophorus Oymanns GbR*. El Tribunal afirma que no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos (de radiodifusión) los ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos. Por consiguiente, una financiación que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas del poder público, cumple el requisito de financiación por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

En relación a la materia estudiada, la legislación urbanística impone al propietario del suelo el deber de costear la ejecución de las obras de urbanización correspondientes así como los restantes gastos imputables a la transformación urbanística del suelo. Este deber legal se torna en obligación en virtud de una serie de actos de poder público mediante los que se concretan las obras a ejecutar (proyecto de urbanización) y los porcentajes de repercusión de estos gastos a los propietarios en función del contenido de su derecho de propiedad (equidistribución).

Por otra parte, el concurso individual de los propietarios en la concreción de este deber legal es irrelevante, tanto en el caso del agente urbanizador como en el sistema de compensación, sin que la aprobación del proyecto de urbanización o de equidistribución exija de la anuencia de todos y cada uno de estos propietarios.

Por último, el importe de la obligación financiera de los propietarios de suelo se cuantifica en función del coste efectivo de prestación del servicio, y su exacción se encuentra garantizada por el Estado mediante la aplicación de un procedimiento de recaudación ejecutivo.

En definitiva, debe concluirse que *la financiación de las obras de urbanización por los propietarios del suelo es una modalidad de financiación pública extrapresupuestaria*. Y la circulación extrapresupuestaria de esta financiación atribuible a la Administración urbanística no puede condicionar la aplicación del Derecho comunitario de contratación pública.

Una primera consecuencia del carácter público de esta financiación es la imputación de la contraprestación a la ejecución de la obra, que no corresponde al propietario del suelo sino al titular de la financiación: la Administración urbanística. Y si esta financiación es atribuible a la Administración urbanística, la apropiación de la misma por el urbanizador en virtud del título habilitante debe entenderse como un “cobro a cuenta” del importe previamente pactado. De aquí se concluye que *la relación entre urbanizador y Administración es fuente de obligaciones patrimoniales recíprocas, debiendo calificarse dicha relación como una relación contractual de causa onerosa*.

Una segunda consecuencia es la contextualización del papel del propietario del suelo, que no interviene en el proceso como sujeto de una relación sinalagmática, sino como sujeto de una

obligación legal impuesta por un acto unilateral de poder público. Por ello, el flujo financiero que tiene lugar entre propietario y urbanizador debe entenderse desde el papel que desempeñan ambos actores en la gestión urbanística: el primero como sujeto pasivo de una exacción parafiscal y el segundo como “delegado” de la Administración y contratista. Desde esta perspectiva, el urbanizador, como gestor de negocios ajenos se encargaría de la recaudación voluntaria de las cantidades adeudadas por los propietarios del suelo a la Administración, y como contratista las percibiría como pago a cuenta de la ejecución material de la urbanización.

Así entendida la relación entre Administración y urbanizador, debe concluirse que *concorre el requisito previsto en el artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18/Ce, relativo a la existencia de un contrato oneroso.*

3. De aceptar que la actividad urbanizadora puede definirse como un SIEG, la empresa urbanizadora, como empresa gestora del servicio, se sometería a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia (art. 106.2 TFUE).

Únicamente en los supuestos ya comentados en los que el urbanizador privado actúa como sustituto legal de la Administración o desarrolla alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17/CE, será necesario someter su actividad contractual al Derecho comunitario derivado. En los restantes casos, la aplicación de la Directiva 2004/18/CE debe quedar relegada a la selección del urbanizador.

Por lo demás, su actividad contractual es una actividad puramente privada fruto del ejercicio de su libertad de empresa, sin que exista mayor peculiaridad digna de mención.

4. La aplicación de las conclusiones anteriores a la figura de la junta de compensación requiere de un análisis específico.

En coherencia con la postura expuesta anteriormente, consideramos que no sólo debe contrastarse con el Derecho comunitario la actividad contractual de la junta de compensación, sino que el juicio de compatibilidad debe recaer sobre el acto de habilitación otorgado por la Administración a la misma, a fin de verificar si esta modalidad de excepción licitatoria a favor de la

asociación de los propietarios de suelo cumple con las exigencias de la libertad de prestación de servicios recogida en el artículo 56 TFUE.

En el presente trabajo defendemos que la reserva de la actividad urbanizadora a la junta de compensación al margen de toda concurrencia no encuentra amparo en el artículo 106.2 TFUE, dado que la limitación del derecho de acceso a la prestación de un servicio económico a una categoría determinada de personas (propietarios asociados en la junta de compensación) exigiría acreditar que la prestación del servicio por empresarios no propietarios de suelo impediría, de hecho o de derecho, la consecución de la misión de interés general propia del servicio. La experiencia acumulada en los últimos años de aplicación de la figura del agente urbanizador desacredita la necesidad de tal reserva.

De ser innecesario para la consecución de la misión del interés general el acceso del operador a la propiedad del suelo, al exigir a un operador económico no establecido en el Estado habilitante como condición previa a la prestación del servicio la realización de una inversión directa de capital –inversión inmobiliaria innecesaria- se está restringiendo desproporcionadamente tanto su libertad de circulación de capitales como de prestación de servicios.

5. Aún prescindiendo de la falta de adecuación al Derecho comunitario de la concesión a la junta de compensación del derecho exclusivo a urbanizar, cabría oponer que la relación entre Administración y junta de compensación constituye un supuesto de sustitución legal que, de acuerdo con el *obiter dictum* vertido en el asunto *Scala*, permitiría desplazar la aplicación de la Directiva 2004/18/CE a las relaciones contractuales entabladas entre la junta de compensación y el constructor.

Sin embargo, la solución apuntada en la sentencia *Scala* se refería a un supuesto en el que el ayuntamiento no podía elegir quién se encargaría de llevar a cabo las obras de urbanización, ya que la Ley determinaba que esta persona fuera el propietario de los terrenos objeto de parcelación y titular de la licencia de construcción, por lo que cabía afirmar que el titular de la licencia era la *única persona autorizada, conforme a la Ley*, para ejecutar las obras.

No obstante, las legislaciones autonómicas no prevén como único sistema de actuación el sistema de compensación, ni reservan en exclusiva al propietario del suelo la acción urbanizadora, sino que, en la práctica totalidad de las Comunidades autónomas, conjuntamente con los sistemas basados en la iniciativa de los propietarios del suelo se prevén otros, como el agente urbanizador o concesión de obra urbanizadora, que apelan a la iniciativa empresarial, sea o no propietaria de suelo. Y la Administración urbanística, al delimitar el ámbito de actuación y establecer la ordenación detallada (siempre a la vista de los propietarios incluidos en el ámbito) determina cuál de estos sistemas será de aplicación. Es decir, decide si otorga la habilitación a los propietarios previamente identificados o se encomienda al resultado de la libre concurrencia.

No existe, por lo tanto, una *única persona autorizada, conforme a la Ley, para ejecutar las obras*, sino una pluralidad de opciones de entre las cuales la Administración ha de elegir discrecionalmente. Esta circunstancia, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, determina la imposibilidad de otorgar la habilitación a la junta de compensación al margen de la Directiva 2004/18/CE.

6. A resultas del análisis realizado sobre la concurrencia en la figura de la junta de compensación de los requisitos fijados en la normativa comunitaria para identificar la presencia de un poder adjudicador, concluimos que, al igual que sucede respecto de la figura del agente urbanizador, la financiación de la junta de compensación, si bien puede calificarse como pública, no puede computarse a los efectos de apreciar la existencia de un control dominante, ya que se enmarca en el seno de una relación contractual libremente pactada.

Por otra parte, ni la Administración nombra a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia, ni el control ejercido es un control de gestión, sino de resultado.

Por lo que en la presente tesis se defiende que las juntas de compensación no son poderes adjudicadores, sino que su actividad contractual es la propia de una entidad asociativa de base privada

que ejecuta la urbanización en el ejercicio de su libertad de empresa y extramuros de la legislación contractual administrativa.

Y en tanto no pueden considerarse como sustitutos de la Administración sino como mandatarios discrecionalmente elegidos para la prestación de un servicio de interés económico general, su actividad contractual no se sujeta a la Directiva 2004/18CE, sino a la más genérica previsión del artículo 106.2 TFUE.

- IV -

RECAPITULACIÓN

La calificación de la actividad urbanizadora como SIEG no armonizado aporta una visión del urbanismo -como actividad económica y servicio esencial- más adecuada a la realidad social, política y económica subyacente que aquellas otras centradas en la contratación pública o en el derecho de propiedad.

Esta homologación de la actividad urbanizadora con las categorías propias del Derecho comunitario facilita su inmersión en las normas y principios de los tratados, lo que exige prescindir de las técnicas innecesariamente restrictivas de las libertades de circulación de servicios y capitales ya tradicionales en nuestro derecho urbanístico; señaladamente, la excepción licitatoria a favor del propietario del suelo.

Paralelamente, la Unión Europea debe garantizar que la definición por los Estados miembros de la actividad urbanizadora como SIEG no quede desvirtuada por la aplicación inexorable de las Directivas de coordinación de contratos públicos, para lo cual el derecho derivado deberá discernir adecuadamente entre los dos niveles de apertura a la competencia que concurren en la actividad urbanizadora: el operador del servicio o urbanizador y el proveedor del operador o empresario constructor.

En clave de derecho interno, la sujeción de la actividad urbanizadora a las libertades y principios del TFUE implica un acotamiento de las soluciones normativas autonómicas en lo que atañe, exclusivamente, a la gestión urbanística, quedando

indemnes las capacidades autonómicas para idear y regular el modelo de asentamiento de la población sobre el territorio. En contrapartida, la consideración de la actividad urbanizadora como un servicio de interés económico general no armonizado desabrida al legislador autonómico de las tiranteces de la armonización de la contratación pública.

Desde una perspectiva constitucional, la solución propuesta, en tanto tiene por objeto garantizar la unidad del mercado comunitario, termina garantizando la unidad del mercado nacional y la igualdad de condiciones de los operadores nacionales en el ejercicio de su libertad de empresa, evitándose, finalmente, la lesión al principio de igualdad que han advertido los autores más autorizados de nuestra doctrina.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, mayo-agosto 2011

AGUIAR DE LUQUE Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril 1993

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, “Las reformas territoriales en Alemania y España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, septiembre-diciembre 2006.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “Mercado interior, contrato y derecho de la competencia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Enero-junio de 2006.

ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993

-“El Estado empresario: Iniciativa pública y reservas al sector público”, en el libro colectivo *Comentario a la constitución socio-económica de España*, José Luis MONEREO PÉREZ, Cristóbal MOLINA NAVARRETE y María Nieves MORENO VIDA (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 441-466, 451.

ARROLLO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004

ÁLVAREZ CORCHETE, José Antonio, “El agente urbanizador como sistema de gestión urbanística”, en la obra colectiva, *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, dirigida por

los profesores Luis Martín REBOLLO y Roberto O. BUSTILLO BOLADO, Aranzadi, Navarra, 2007

BAÑO LEON, José María "El mercado publico de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2004

- "La figura del contrato en el Derecho Publico: Nuevas perspectivas y limites", en la obra colectiva *La contratación publica en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004

- *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009

BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002

BARRERO ORTEGA, Abraham, "La transformación de la Constitución Española a la luz del derecho constitucional europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, Julio-Diciembre 2008

BERBEROFF AYUDA, Dimitry, "Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, octubre 2008

BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Civitas, Navarra, 2011

BLANC CLAVERO, Francisco, "La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa", *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001-abril, 2002

BURDIEL HERNÁNDEZ, Julio, "Propiedad funcionalizada y derecho subjetivo", en la obra colectiva *La carestía del suelo, causas y soluciones*. La Ley, Madrid, 2000, pp. 101-166, 130

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. y José Ramón CUERNO LLATA, *Los Convenios Urbanísticos entre las*

Administraciones Locales y los Particulares, Aranzadi, Navarra, 2001

BUSTILLO BOLADO, Roberto O., “Obras de urbanización en el sistema de compensación y principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006

COSCULLUELA MONTANER Luis, y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Derecho Público Económico*, Iustel, Madrid, 2007

CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, *El agente urbanizador en el Derecho Urbanístico español*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2005

CRUZ VILLALÓN Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989

DE ASÍS ROIG, Agustín, “Caracterización de la función de urbanización”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-261, septiembre 2001–abril 2002

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, “Derecho económico de la unión europea (Constitución Económica Europea)”, en el libro colectivo *Comentario a la constitución socio-económica de España*, José Luis MONEREO PÉREZ, Cristóbal MOLINA NAVARRETE y María Nieves MORENO VIDA (Dirs.), Comares, Granada, 2002

DÍEZ MORENO, Fernando, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Civitas, quinta edición, Navarra, 2009

DIEZ-PICAZO, Luis María, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002

- *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003

ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *La propiedad privada urbana*, Montecorvo, Madrid, 1979

ESCRIVÁ CHORDÁ, Ricard, *La figura del urbanizador*, Montecorvo, Madrid, 2003

FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda, “El concepto jurídico indeterminado de ‘servicio esencial’ en la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006

FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael, “Las cuestiones suscitadas por la sentencia y sus consecuencias en el Derecho Español”, *Cuadernos de Derecho local*, núm. 4, 2004

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto “proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002

- “Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA (Dir.) y Ricardo ALONSO GARCÍA (Subdir.), Civitas, Madrid, 2002

- *Manual de Derecho Urbanístico*, El consultor de los Ayuntamientos y juzgados, 20 edición, Madrid 2007

- “La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo: valoración general”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 174, septiembre-diciembre 2007

- “La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR, núm. 3, 2011, págs. 1-6

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “El lento camino hacia europeización del Derecho de los contratos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomos XLV-XLVI, 2004/2005 y 2005/2006, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, La Ley, 2009

FERNÁNDEZ TORRES, Tomás Ramón, “El estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2007

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda”, *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990

GALLEGO CORCOLES, Isabel, “El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 77, julio 2008

GARCÍA DE ENTERRÍA, “El Derecho Urbanístico español al comenzar el Siglo XXI”, en la obra colectiva *La carestía del suelo, causas y soluciones*. La Ley, Madrid, 2000

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, duodécima edición, pág. 402

GARRIDO FALLA, Fernando, “El concepto de servicio público en derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994

GIMENO FELIU, José María, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994

- “El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007

- “Actividad urbanística y contratos públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas”, en el libro colectivo *Monografías Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. IX, 2007

- “El ámbito subjetivo y objetivo de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007”, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público*, Gobierno de la Rioja, Logroño, 2008

GÓMEZ MANRRESA, María Fuensanta, *El particular en la gestión urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “El derecho a urbanizar: cargas y deberes”, en Enrique GÓMEZ-REINO y CARNOTA, (dir.), *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, Madrid. 1998

- “Gestión del planeamiento y contratos administrativos”, *Documentación Administrativa*, nº 261-261, septiembre 2001–abril 2002

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Tres atentados al mercado del suelo”, en la obra colectiva *La carestía del suelo, causas y soluciones*. La Ley, Madrid, 2000

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “Del servicio público a los mercados de interés general”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, 2001

- *Urbanismo y Ordenación del territorio*, Aranzadi, Pamplona, 2009

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, REBOLLO PUIG, Manuel (Coord.), *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio de Andalucía*, Iustel, Madrid, 2007

JIMENEZ DE CISNEROS, Francisco Javier, *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998

JORDANO FRAGA, Jesús en “Breves reflexiones sobre la Ley de Suelo”, *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI: Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma, Urbanismo y vivienda* Madrid, Editorial Reus, Vol. 1, 2008

LAGUNA PAZ, José Carlos, *Servicios de interés económico general*, Civitas, Navarra, 2009

LEGUINA VILLA, Jesús, “El régimen constitucional de la propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Ordenación urbanística sustantiva”, en el libro colectivo *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Editorial Reus, Madrid, 2008

LORA-TAMAYO VALVÉ, Marta, *Historia de la Legislación Urbanística*, Iustel, Madrid, 2007

MARTINEZ DE VELASCO, Joaquín Huelín, “Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la

Sentencia Scala 2001”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, febrero 2004

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “El Derecho de Propiedad sobre el suelo en su nueva ley estatal”, en el libro colectivo *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma, Urbanismo y Vivienda*, Editorial Reus, Madrid, 2008

MARTÍNEZ-PUJALDE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

MEILÁN GIL, José Luis, “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *Anuario da facultade de Dereito da UDC*, núm. 9, 2005

- *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Aranzadi, Navarra, 2006

- “Cuestiones fundamentales de la Ley 8/2007, de suelo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008

- *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011

MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “La propiedad en la nueva Ley del suelo”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994

- “Obras municipales, ordinarias y planeamiento urbanístico”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 221, noviembre 2005

- “Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, octubre de 2008

MERELÓ ABELA, José Manuel, *Régimen Jurídico del Suelo y Gestión Urbanística*, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1995

MORENO MOLINA, José Antonio, “La Administración pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un

Derecho administrativo europeo común”, *Revista de Administración Pública*, núm. 148, enero-abril 1999

- “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público”, *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto 2006

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid, *El Derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Aranzadi, Navarra, 2009

- “Ejecución de la obra urbanizadora y normativa europea de contratación pública. A propósito del asunto Comisión contra España (C-306/08)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, enero-marzo 2012

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Unión Europea y las mutaciones de Estado*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1993

- *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*. Civitas, Madrid, 1998

- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, segunda edición, Iustel, Madrid, 2006

MUÑOZ MACHADO, Santiago y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *El Planeamiento Urbanístico*, segunda edición, Iustel, Madrid, 2009

ORDOÑEZ SOLÍS, David, *Intervención pública, libre competencia y control jurisdiccional en el mercado único europeo*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004

PAIS RODRÍGUEZ, Ramón, “El agente urbanizador o la conversión de una función pública en una actividad empresarial privada sin riesgo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, segundo semestre 2004

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “La privatización del urbanismo español (Reflexión de urgencia ante la Ley 6/1998 de Régimen de Suelo y Valoraciones)”, *Documentación Administrativa*, núm. 252-253, septiembre 1998-abril 1999

- “La privatización del urbanismo español”, *Documentación Administrativa*, núm. 252-253, septiembre 1998 – abril 1999

- *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007

PARDO ÁLVAREZ, María, "El derecho a urbanizar, ¿sumisión a la Ley de contratos?", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 198, 2002

PAREJO ALFONSO, Luciano, y BLANC CLAVERO, Francisco, *Derecho urbanístico valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

- *Reivindicación del urbanismo. Liberalización del suelo al servicio del interés general*, Instituto Pascual Madoz del territorio, Urbanismo y Medio Ambiente. Madrid, 1997

- “El agente urbanizador en el Derecho Urbanístico”, en el libro colectivo, *La carestía del suelo, causas y soluciones. La Ley*, Madrid, 2000

- “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del “urbanizador” en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002

- “Servicios públicos y servicios de interés general: La renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004

- “El ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratación del sector público”, *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto 2006

PECES MORATE, Jesús Ernesto, “La transformación urbanística del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo: sujetos, procedimiento y garantías”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2007

PELLICER ZAMORA, Rafael C., “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en la obra colectiva *Derecho Comunitario Económico, Volumen I. Las libertades fundamentales*,

ILLESCAS ORTIZ, Rafael y MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J. (Dirs.), Colex, Madrid, 2001

PÉREZ GONZÁLEZ, Carlos, “Los sistemas de gestión urbanística indirectos: La compensación. El concierto y la concesión de obra urbanizadora. La obtención de sistemas generales”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, José Luís MEILÁN GIL (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2009

PÉREZ TREMPES, Pablo, “Constitución Española y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004

PERNAS GARCÍA, Juan José, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencial del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008

PONCE SOLÉ, Juli, “La proyección social del planeamiento”, en la obra colectiva, *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, dirigida por los profesores Luis Martín REBOLLO y Roberto O. BUSTILLO BOLADO, Aranzadi, Navarra, 2007

REBOLLO PUIG, Manuel, “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004

REY MARTÍNEZ, Fernando, “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994

- *La propiedad privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994

ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, “La producción de ciudad en el sistema urbanístico”, *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, septiembre 2001 – abril 2002

SALA ARQUER, José Manuel, “La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales: su posible incidencia en el Derecho español”, en el libro

colectivo *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004

SEGURA SERRANO, Antonio, “Los servicios de interés económico general tras el Tratado de Lisboa, de la excepción a la regulación positiva”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, enero-abril 2011

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993

- *Hacia la tercera desamortización (Por la reforma de la Ley del Suelo)*, Marcial Pons, Madrid, 1995

- *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998

SOSA WAGNER, Francisco, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2004

TARDÍO PATO, José Antonio, *La Gestión Urbanística en el Derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana*, Aranzadi, Navarra, 2007

- “La STJUE de 26-5-2011 sobre la gestión urbanística valenciana en el contexto de la jurisprudencia de dicho Tribunal sobre urbanismo y contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012

TEJEDOR BIELSA, Julio C., “Propiedad, urbanismo y estado autonómico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 148, enero-abril 1999

- “La reconstrucción del modelo urbanístico en el Estado autonómico”, Coord. Francisco SOSA WAGNER, *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

- “Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 112, 2001

- “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción”, *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril 2010

- “¿Hacia una exclusión del urbanismo de la Directiva de contratos?”, publicado el 5 de noviembre de 2010 en la dirección electrónica <http://administracionpublica.com/%C2%BFhacia-una-exclusion-del-urbanismo-de-la-directiva-contratos/#more-1095> (acceso el día 29 de abril de 2011, a las 22:37)

- “Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 148, 2010

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador la Administración urbanística”, *Documentación Administrativa*, nº 261-261, septiembre 2001–abril 2002

- “Constitución, Ley de Suelo y Ordenamiento territorial y urbanístico”, en el libro colectivo *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Iustel, Madrid, 2008

VÁZQUEZ OTEO, Alfonso, *El agente urbanizador*, El Consultor, Madrid, 2005

XIOL RÍOS, Juan Antonio, “La Sentencia Scala 2001: ¿odiosa o indiferente para el Derecho urbanístico en España?”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, febrero 2004

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- Sentencia 11/1981, de 8 de abril
- Sentencia 26/1981, de 17 de julio
- Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre
- Sentencia 1/1982, de 28 de enero
- Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre
- Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre
- Sentencia 88/1986, de 1 de julio
- Sentencia 37/1987, de 26 de marzo
- Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre
- Sentencia 66/1991, de 22 de Marzo
- Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre
- Sentencia 84/1993, de 8 de marzo
- Sentencia 227/1993, de 9 de julio
- Sentencia 228/1993, de 9 de julio
- Sentencia 71/1994, de 3 de marzo
- Sentencia 61/1997, de 20 de marzo
- Sentencia 155/1998, de 13 de julio
- Sentencia 180/2001, de 17 de septiembre
- Sentencia 200/2001, de 4 de octubre
- Sentencia 109/2003, de 5 junio
- Sentencia 112/2006, de 5 de abril
- Sentencia 50/2008, de 14 de mayo

Tribunal Supremo

- Sentencia de 30 de octubre de 1989, roj. 14413/1989
- Sentencia de 24 de mayo de 1994, roj. 11983/1994
- Sentencia de 29 de febrero de 2000, rec. 5347/1995
- Sentencia de 3 de abril de 2001, rec. 8856/1996
- Auto de 10 de julio de 2003, rec. 19/2003
- Sentencia (Sala de lo Civil), de 28 de febrero de 2007, rec. 271/2000
- Sentencia (Sala de lo Civil), de 19 de julio de 2007, rec. 1751/2000
- Auto de 24 de octubre de 2005, rec. 32/2005
- Sentencia de 22 de noviembre de 2006, rec. 3961/03
- Sentencia de 28 de diciembre de 2006, rec. 4245/2003
- Sentencia de 4 de enero de 2007, rec. 4839/2003
- Sentencia de 27 de marzo de 2007, rec. 6007/2003;
- Sentencia de 6 de junio de 2007, rec. 7376/2003
- Sentencia de 27 de diciembre de 2007, rec. 10/2004
- Sentencia de 5 de febrero de 2008, rec. 714/2004
- Sentencia de 27 de febrero de 2008, rec. 6745/2005
- Sentencia de 8 de Abril de 2008, rec. 1231/04
- Sentencia de 27 de enero de 2009, rec. 8540/2004
- Sentencia (Sala de lo Civil), de 23 de junio de 2010, rec. 320/2005

Tribunales Superiores de Justicia

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

- Auto de 15 de octubre de 2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, rec. 2136/97

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de octubre de 2002, rec. 378/1999

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 2003, rec. 1180/1998

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2003, rec. 61/1998

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de abril de 2003, rec. 832/2000

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2003, en los recursos acumulados 2123 de 1996, 1723 de 1997, 2689 de 1997, 216 de 1996, 2768 de 1996, 42 de 1997, 2415 de 1996, 2416 de 1996, 359 de 1997, 361 de 1997, 1682 de 1997 y 2866 de 1997

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2003, rec. 1271/2000

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 2003, rec. 1015/1999

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de julio de 2003, rec. 1864/1999

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de octubre de 2003, rec. 2712/1997

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 7 de octubre de 2005, rec. 38/2004

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 2008, rec. 89/2003

Otros Tribunales Superiores de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 847/2006, de 6 de junio, rec. 1067/2000

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, de 15 de diciembre de 2006, rec. 810/2003

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de marzo de 2010, rec. 175/2009

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74

- Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, 43-75

- Sentencia de 14 de julio de 1976, *Donà*, 13/76

- Sentencia de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck*, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78

- Sentencia de 6 de noviembre de 1984, *Fearon*, 182/83

- Sentencia de 15 de marzo de 1988, *Comisión contra Grecia*, 147/86

- Sentencia de 4 de mayo de 1988, *Bodson c. Pompes Funebres*, 30/87
- Sentencia de 19 de abril de 1989, *Ahmed Saeed*, 66/86
- Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89
- Sentencia de 19 de mayo de 1993, *Asunto Corbeau*, C-320-91
- Sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, C-42/92
- Sentencia de 14 de abril de 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/1992
- Sentencia de 19 de abril de 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92
- Sentencia de 27 de abril de 1994, *Almelo*, C-393/92
- Sentencia de 16 de noviembre de 1995, *FFSA y otros*, C-244/94
- Sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93
- Sentencia de 18 de marzo de 1997, *Diego Cali*, C-343/95
- Sentencia de 23 de octubre de 1997, *EDF*, C-159/94
- Sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión contra Países Bajos*, C-157/94
- Sentencia de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, C-44/96
- Sentencia de 18 de junio de 1998, *Comisión contra Italia*, C-35/96
- Sentencia de 29 de octubre de 1998, *Comisión contra España*, C-114/97
- Sentencia de 10 de noviembre 1998, *BFI Holding BV*, C-360/96

La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general

- Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Comisión contra Irlanda*, C-353/96

- Sentencia de 1 junio 1999, Klaus Konle contra Republik Österreich, C-302/97

- Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Brentjens*, asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97

- Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Albany Internacional*, C-67/96

- Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Maatschappij*, C-219/97

- Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto *Danske Svineproducenters Serviceselskab y otros contra Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri*, C-275/98

- Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98

- Sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, C-176/1998

- Sentencia de 31 de mayo de 2001, *Comisión contra Italia*, C-283/1999

- Sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese*, C-281/98

- Sentencia de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros*, asuntos acumulados C-180-184/98

- Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *ARGE*, C-94/99

- Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98

- Sentencia de 10 de enero de 2001, *Agorá*, asuntos acumulados C-223/99 y C-260/99

- Sentencia de 1 de febrero de 2001, *Comisión contra Francia*, C-237/1999

- Sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98
- Auto de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard*, C-59/00
- Sentencia de 18 de junio de 2002, *HI*, C-92/00
- Sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau*, C-470/99
- Sentencia de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00
- Sentencia de 8 de mayo de 2003, *TRAGSA*, C-349/97
- Sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión contra España*, C-214/00,
- Sentencia de 15 mayo 2003, *Proceso penal contra Doris Salzmann*, C-300/01
- Sentencia de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros*, C-18/2001
- Sentencia de 16 de octubre de 2003, *Comisión contra España*, C-283/00
- Sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03
- Sentencia de 13 de enero de 2005, *Comisión contra España*, C-84/2003
- Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/2003
- Sentencia de 20 de octubre de 2005, *Comisión contra Francia*, C-264/03
- Sentencia de 30 de Marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl contra Giuseppe Calafiori*, C-451/2003

La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general

- Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04
- Sentencia de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, C-220/05
- Sentencia de 19 de abril de 2007, *TRAGSA II*, C-295/55
- Sentencia de 14 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/2006
- Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Asociación profesional de Empresas de Reparto y manipulado de correspondencia, C-220/06
- Sentencia de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra Francia*, C-412/04
- Sentencia de 1 de julio de 2008, *MOTOE*, C-49/07
- Sentencia de de 11 junio 2009, *Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, C-300/2007
- Sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, C-451/08
- Sentencia de 13 de abril de 2010, *Wall AG*, C-91/08
- Sentencia del Tribunal General, de 20 de Mayo de 2010, *República Federal de Alemania contra Comisión Europea*, T-258/2006
- Sentencia de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98
- Sentencia de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra España*, C-306/2008

Conclusiones de los Abogados Generales

- Conclusiones del Abogado General Philippe Lèger, de 7 de diciembre de 2000, *Ordine degli Architetti*, C-399/1998

- Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, de 15 de junio de 2006, *Jean Auroux y otros*, C-220/05

- Conclusiones del Abogado General Dámaso RUIZ-JÁRABO COLOMER, de 8 de noviembre de 2006, *Comisión contra Italia*, C412/04

- Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 22 de noviembre de 2007, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH contra Fernwärme Wien GmbH*, C-393/06

- Conclusiones del Abogado General Niilo Jääskinen, de 16 de septiembre de 2010, *Comisión contra España*, C-306/08